TYDSKRIFTE

MERENSKY-BIBLIOTEEK
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
29-01-1982
Klasnommer 340
Registernommer

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TYDSKRIFTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
1996-01-20
VAKKODE 340

Digitized by the Internet Archive
in 2017 with funding from
University of Pretoria, Library Services

https://archive.org/details/tydskrifvirheden43vanr

340

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

1980

WERKSBIBLIOTEEK
FAKULTEIT REGSGELEERDHEID
1980
DATUM
UNIVERSITEIT ... TORIA

SUID-AFRIKA: BUTTERWORTH EN KIE (SA) (EDMS) BPK
DURBAN: Galestraat 152–154

ENGELAND: BUTTERWORTH & CO (PUBLISHERS) LTD
LONDON: 88 Kingsway, WC2B 6AB

AUSTRALIË: BUTTERWORTHS PTY LTD
SYDNEY: Chatswood, NSW, 586 Pacific Highway
MELBOURNE: 343 Little Collins Street
BRISBANE: 240 Queen Street

KANADA: BUTTERWORTH & CO (CANADA) LTD
TORONTO: 14 Curity Avenue, 374

NIEU-SEELAND: BUTTERWORTH OF NEW ZEALAND LTD
WELLINGTON: T & W Young Building
77–85 Custom House Quay

VERENIGDE STATE: BUTTERWORTHS (PUBLISHERS) INC
WOBURN (MASS) 01801: 19 Cummings Park

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS-HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

KWARTAALBLAD VIR DIE REGSPRAKTISYN EN DIE REGSTUDENT IN SUID-AFRIKA

REDAKTEUR ADJ VAN RENSBURG
ASSISTENT REDAKTEURS DJ JOUBERT
JM POTGIETER J SCHOEMAN

REDAKSIEKOMITEE

professor AC Cilliers	*Universiteit van Port Elizabeth*
professor JY Claassen	*Universiteit van die Oranje-Vrystaat*
professor FA de Villiers	*Universiteit van Zoeloeland*
professor JC de Wet	erelid
professor R Feenstra	erelid
professor DJ Joubert	*Universiteit van Pretoria*
professor WA Joubert	erelid
professor J Labuschagne	*Universiteit van Fort Hare*
professor I Leeman	*Universiteit van Kaapstad*
professor DJ McQuoid-Mason	*Universiteit van Natal*
professor B Ranchod	*Universiteit van Durban-Westville*
meneer ID Schäfer	*Universiteit Rhodes*
doktor NJ van der Merwe	*Justisie-Opleiding*
professor JD van der Vyver	*Universiteit van die Witwatersrand*
professor CFC van der Walt	*Universiteit van Potchefstroom vir CHO*
professor ADJ van Rensburg	*Universiteit van Suid-Afrika*
professor P van Warmelo	erelid
professor AH van Wyk	*Universiteit van Stellenbosch*
professor GG Visagie	*Universiteit van Wes-Kaapland*
professor DP Visser	*Universiteit van die Noorde*

DRIE EN VEERTIGSTE JAARGANG 1980

DURBAN

BUTTERWORTH & KIE (SA) (EDMS) BPK

1980

Register

Opgestel deur

PJ Visser en TB Floyd

A ARTIKELS — BLADSY

BENNETT, TW: Conflict of laws in South Africa: cases involving customary law 27
BOTHA, AD: Die exceptio doli generalis, rektifikasie en estoppel 255
BURNS, YM: The Publications Act: production of an undesirable publication or object . . 267
CORDER, H: The content of the audi alteram partem rule in South African administrative law 156
COWEN, DV: The interpretation of statutes and the concept of "the intention of the legislature" 374
LABUSCHAGNE, JMT: Misdade tussen gades 39
LUBBE, CF: Die oordrag van toekomstige regte 117
NEETHLING, J: Die kredietburowese en databeskerming 141
PONT, D: Kan 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers regsgeldig in die huwelik bevestig word? 356
SCHÄFER, Token maintenance 57
VAN DEN HEEVER, L: Fideicommissum or trust ad pias causas 400
VAN DER VYVER, JD: Law, order and society 278
VAN DER WALT, CFC: Die voordeeltoerekeningsreël – knooppunt vir uiteenlopende teorieë oor die oogmerk met skadevergoeding 1
VAN THEMAAT, R VERLOREN: Die verfyning van die reg vir swartes in Suid-Afrika . . . 237

B AANTEKENINGE

BADENHORST, CHJ: Vervreemding van goed sonder teenwaarde ingevolge artikel 26 van die insolvensiewet 24 van 1936 en ongeldige borgstellingskontrakte 423
BERTELSMANN, W: Besondere misdade en algemene beginsels 312
CARTOON, BJ: Taking advantage of a corporate opportunity – the legacy of Bellairs v Hodnett 67
DAVIS, DM: The option scheme and estate planning 303
FORSYTH, CF: The growing importance of the conflict of laws in South Africa 77
FOURIE, JSA: Feitelike insolvensie en handelsinsolvensie 298
LABUSCHAGNE, JMT: Strafregtelike relevansie van *vis* 412

NATHAN, C: A father and his illegitimate child: towards a permanent relationship . . . 293
PAUW, P: Die vermoede van dood – nuwe en ou reg 71
TAITZ, J: Jurisdiction and forum conveniens – a new approach? 187
VAN WYK, AJ: Mededader of medepligtige: Nog meer verwarring 195
VAN DER VYVER, JD: Inperkingsbevele 178
WARING, AE: Where the buck stops 416

C VONNISSE

Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk 1979 3 SA 824 (A) deur J Neethling en JM Potgieter 82
Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk 1979 3 SA 824 (A) deur AN Oelofse 86
Belford v Belford 1980 2 SA 843 (K) deur AH van Wyk 429
Bennett v Minister of Police 1980 3 SA 24 (K) deur J Neethling 434
Botha v Botha 1979 3 SA 792 (T) deur DSP Cronjé 99
Buytendag Boerdery Beleggings (Edms) Bpk v Goldberg 1979 2 SA 172 (T) deur L Hawthorne 87
Cowburn v Nasopie (Edms) Bpk 1980 2 SA 547 (NK) deur F Venter 448
Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat 1980 1 SA 443 (W) deur JSA Fourie 328
Ex parte the Registrar of the Supreme Court of Bophuthatswana 1980 1 SA 572 (B) deur JY Claasen 208
Flugel v Swart 1979 4 SA 493 (E) deur AJ Kerr 330
Kruger v Kruger 1980 3 SA 283 (O) deur AH van Wyk 429
La Grange v Schoeman 1980 1 SA 885 (OK) deur J Neethling 316
Lipschitz v Wattrus 1980 1 SA 662 (T) deur LG Baxter 324
Minister van Polisie v Gamble 1979 4 SA 759 (A) deur JM Burchell 206
Prok Africa (Pty) Ltd v NTH (Pty) Ltd 1980 3 SA 687 (W) deur J Neethling 437
Roodia Beleggings (Flora) (Edms) Bpk v Marais 1979 4 SA 488 (T) deur P Pauw . . . 211
Rousalis v Rousalis 1980 3 SA 446 (K) deur AH van Wyk 429
S v Du Toit 1979 3 SA 846 (A) deur JR du Plessis 440
S v Hartyani 1980 3 SA 613 (T) deur JL Snyman 445
S v Human 1979 3 SA 33 (E) deur J R du Plessis 440
S v M 1979 4 SA 1044 (B) deur CA Bennett 214
S v M 1980 1 SA 586 (BH) deur JMT Labuschagne 322
S v McBride 1979 4 SA 313 (W) deur DP van der Merwe 203
S v Rost 1980 2 SA 529 (SWA) deur JR du Plessis 440
S v Talie 1979 2 SA 1003 (C) deur CA Bennett 101
Smith v Basson 1979 1 SA 559 deur CG van der Merwe 200
Streek v East London Daily Dispatch (Pty) Ltd 1980 1 SA 151 (E) deur AJ Kerr 318
V v R 1979 3 SA 1006 (T) deur JD van der Vyver 89
Vermaak v Khoza 1979 1 SA 578 (N) deur CG van der Merwe 217

D BOEKE

Acta Juridica 1976 1977 1978: Essays in Honour of Ben Beinart deur P van Warmelo . . 105
BARNARD, AH: Die nuwe egskeidingsreg deur DJ Joubert 225
BARNARD, AH: The New Divorce Law deur JM Potgieter 340
BARRIE, GN: Topical International Law deur AC Cilliers 231
BEKKER, JC: Zulu Legal Terminology – The legal meaning of selected Zulu words and phrases deur RB Mqeke 337
COOPER, WE; SCHWÄR TG en SMITH LS: Alcohol, Drugs and Road Traffic deur AJ Middleton 453
COPELING, AJC: Copyright and the Act of 1978 deur OH Dean 108
CROSS, R: Evidence deur CWH Schmidt 455
FARLAM, IG en HATHAWAY EW: A Case Book on the South African Law of Contract deur JG Lotz 341
FORSYTH, CF en SCHILLER JF: Human Rights: The Cape Town Conference deur GN Barrie 336
GAUNTLETT, JJ (red): JC Noster: 'n Feesbundel deur PM Nienaber 333
ISAACS, I en HORWITZ M: The South African Law of Testate Succession deur NJ Wiechers 111
JACOBS, M en EHLERS NEJ: Law of Attorneys' Costs and Taxation thereof deur DS Ribbens 342
NEWMAN, E en MCQUOID-MASON DJ: Lee en Honoré: The South African Law of obligations deur JG Lotz 342
RABIE, MA en STRAUSS, SA: Punishment: An introduction to principles deur JJ Neser . 234
VAN DER MERWE, CG: Sakereg deur J Schoeman 226
VAN DER WALT, JC: Delict: Principles and Cases deur J Neethling 222
VAN HUYSSTEEN, LF: Onbehoorlike beïnvloeding en misbruik van omstandighede in die Suid-Afrikaanse verbintenisreg deur JG Lotz 340
VAN WINSEN, L DE V, EKSTEEN JPG en CILLIERS AC: Herbstein and van Winsen The Civil practice of the superior Courts in South Africa deur CF Eckard 233
VAN ZYL, DH: Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg deur NJJ Olivier 344

Bladsy

E SUID-AFRIKAANSE WETGEWING
Wet 24/1886 (K)
a 187 54
a 188 54
Wet 39/1896 (N)
a 6 188
Wet 3/1897 (T) 250
Wet 2/1902 (T)
a 3 188
Wet 4/1902 (OVS)
a 3 188
Wet 2/1907 (T)
a 4 271
Wet 31/1909 (T)
a 74 212
Wet 3/1916
a 2(1) 42
Wet 37/1926 427
Wet 46/1926
a 185 bis 328
Wet 9/1929
a 10 249
Wet 18/1936
a 21 451
Wet 24/1936
a 2 298
a 6 . . . . . 299, 300, 303
a 8 301
a 9(3) 301
a 10 . . . . . 300, 302
a 12(1) 302
a 18(1) 326
a 24 423
a 26 . . . . . 418, 423, 424
a 29 424
a 30 424
a 55 326
a 56 326
a 57(1) 326
Wet 29/1939
a 97(3) 272
Wet 30/1941
a 8(1) 7
a 8(1)(a) 19
a 8(1)(b) 19
Wet 29/1942
a 14 19
Wet 32/1944
a 49 125
Wet 55/1949 289
Wet 44/1950
a 1 . . . . . 179, 285
a 2(2) 160, 285
a 2(4)(b) 179
a 5 . . . . . 160, 179
a 6 . . . . . 160, 179, 285
a 9(1) 181
a 9(3) 179
a 10(1)(a) bis 286
Wet 68/1951
a 1 450
a 2 450
Wet 7/1953
a 4 290
Wet 37/1953 294
a 2(1) 54
a 2(6)(d) 55
a 10(1) 57, 61

Bladsy

Wet 48/1953 252
Wet 49/1953
a 3 290
Wet 56/1955
a 22(1) 207
Wet 17/1956
a 2(1) 179
a 2(3) 179
a 18(2)(a) 46
a 18(2)(b) 46
Wet 27/1956
a 11 290
Wet 28/1956 252
a 77 289
Wet 50/1956
a 6 425
Wet 54/1957
a 17(c) 326
Wet 7/1958
a 4 207
Wet 45/1959
a 13(5) 288
a 14 285
a 17 285
a 31 285
a 32 285
Wet 58/1959
a 18 72
Wet 59/1959
a 9 194
a 19 187
a 19(1) 188
a 19(3) 188
a 26 . . . . . 189, 192, 208, 210
a 28(1) 189
Wet 33/1960
a 71(2)(d) 293, 294, 297
a 72 298
a 73 198
Wet 25/1961
a 2 357
a 24(1) 357, 359
a 25 . . . . . 362, 363
a 29 357
a 30 360
a 33 359
Wet 32/1961
a 59 452
a 94(1) 193
a 94(2) 187
a 114 . . . . . 448 e v
Wet 23/1963
a 11(1) 61, 62
Wet 76/1963
a 31 243
Wet 85/1963
a 12 189
Wet 34/1964
a 6(5) 417
a 80 417
a 81 418
Wet 66/1965
a 2(1) 326
Wet 4/1966 163
Wet 36/1966
a 21(1)(ii) 288
a 49 32
Wet 83/1967

BLADSY
a 6 286
Wet 9/1969
a 1 19
Wet 71/1969
a 1(1) 211, 213
Wet 24/1970
a 7(1) 91
Wet 21/1971
a 1 . . . . . 450 e v
a 26 450
a 34 . . . . . 209, 250
Wet 23/1972
a 2 250
Wet 56/1972 243
a 28 19
Wet 59/1972
a 11 272
Wet 61/1973
a 29 329
a 32 329
a 69 . . . . . 211, 213
a 340 329
a 367 326
a 368 326
a 370(1) 326
a 424 . . . . . 328, 329, 330
a 429 326
a 431 326
a 447A 330
Wet 31/1974
a 2 160
Wet 42/1974
a 8 . . . . . 267, 268, 269, 270, 271
273, 274, 276, 277
a 8(1)(b) 268, 275
a 8(1)(d) 268
a 8(1)(e) 268
a 47(2) 270, 275
a 47(2)(a) 268, 269
a 47(2)(b) 268
a 47(2)(c) 268
a 47(2)(e) 269
a 47(4) 274
Wet 112/1976
a 1 191
a 26(a) 190
a 27 190
a 31 191
a 31(b) 192
Wet 16/1977 288
Wet 18/1977
a 89(1) 209, 210
a 91(b) 209, 210
a 98(1) 209
Wet 51/1977
a 40(1) 207
a 78(6) 203
a 78(7) 203, 204
a 794)(a) 203
a 112 102
a 115 . . . . . 101, 214, 215, 217
a 144(3)(a) . . . . . 216 e v
a 195(1) 55
a 309(3) 443
a 322(6) 443
Wet 87/1977
a 87(1)(a) 449
Wet 89/1977

BLADSY
a 1 . . . . . 209, 451
a 2(2) 209, 210
Wet 98/1978
a 22(5) 140
Wet 23/1979
a 1 71
a 2 72
Wet 70/1979
a 1 430
a 2 . . . . . 433 e v
a 3 430
a 4 432
a 7(1) 57, 61, 432
a 7(2) . . . . . 56, 432 e v
a 8(1) 59
a 10 431
a 14 431
a 15 . . . . . 429 e v
Wet 94/1979
a 17 289

F GESELEKTEERDE TEKSTE

C 5 17 7 pr 73, 74
5 17 7 . . . . . 73, 74
D 1 1 7 1 257
2 14 7 11 256
2 14 17 5 257
12 6 23 3 258
19 2 54 1 97
19 2 56 97
24 2 6 73
25 2 2 51
30 43 2 406
32 11 7 405
32 11 22 406
32 11 22 406
35 1 52 . . . . . 405, 406
44 4 2 1 256
44 4 2 4 258
44 4 2 5 . . . . . 258, 259
44 4 4 1 259
44 4 4 31 257
44 4 8 pr 258
44 4 12 259
44 4 17 3 258
44 44 18 256
44 7 35 189
45 1 108 405
48 5 12 12 73
48 5 30 9 40
48 6 34 40
48 6 34 40
Brouwer
De Jure Connubiorum
2 25 6 40
2 31 5 76
Carpzovius
Verhandeling der Lyfstraffelyke Misdaden
68 35 40
75 28 51
Christinaeus
Decisiones Curiae Belgicae
2 180 7 76
Cicero
De officiis
3 57 256
Damhouder

BLADSY

Pract Crim
69 15 41
95 16 40
103 51
De Groot
Inleiding
1 5 1 40
1 5 16 360
1 5 20 40
1 10 5 76
2 14 4 411
3 14 12 122
Hollandsche Consultatien
1 272 76
Goudsmit
Pandectem System
37 407
Groenewegen
Ad C
1 3 42 2 . . . . . 406, 409
Ad Inst
1 2 15 409
2 8 5–7 51
Huber
Hedendaagse Rechtsgeleertheyt
2 13 120
Matthaeus
De Criminibus
47 1 1 12 51
Menochius
De Praesumptionibus
6 49 28 75
Novellae
22 7 . . . . . 73, 74
22 14 . . . . . 73, 74
117 11 . . . . . 73, 74, 76
Pothier
Van Legaten
13 405
Sande
De Actionum Cessione
5 4 119
Decisiones Curiae Frisicae
4 9 8 76
Van Bynkershoek
Observationes Tumultuariae
2448 121
Voet
Commentarius
12 6 8 422
18 4 9 . . . . . 120 ev
28 5 29 404
44 4 3 258
44 7 9 189

G SLEUTELWOORDE

aanneming
onwettige kind . . . . . 293, 297 ev
toestemming tot . . . . . 293, 297 ev
actio de pauperie . . . . . 217 ev
contra naturam sui generis 218
regmatige aanwesigheid . . . . . 218 ev
actio de tigno iuncto 201
actio furti 51
actio iniuriarum . . . . . 435 ev
contumelia 436
actio legis Aquiliae . . 202, 436 ev, 437 ev
actio rerum amotarum 51

BLADSY

actor sequitur forum rei 188
arbeidsverhoudinge
swart werknemers . . . . . 252 ev
arrestasie
oorskryding van bevoegdheid . . . 434 ev
audi alteram partem-reël . . 156 ev, 187, 192
aanhoring . . . . . 161 ev
bekendmaking van nadelige inligting 164 ev
getuienislewering . . . . . 168 ev
kennisgewing van beoogde optrede 159 ev
kruisverhoor . . . . . 168 ev
natuurlike geregtigheid . . . . . 157 ev
redes vir besluit . . . . . 170 ev
regsverteenwoordiging . . . . 169 ev, 187
toespreek van tribunaal . . . . . 168 ev
uitsluiting deur ooreenkoms . . . 172
bedrog 369
begunstiging 46, 314
bekentenis . . . . . 101 ev
beslaglegging
audi alteram partem-reël 172
beslagleggingslasbrief
tenuitvoerlegging in Bophuthatswana . . . . . 208 ev
bevoegdhede
arbitrêre . . . . . 285 ev
bewysreg .
geregtelike kennisname . . . . . 449 ev
toestemming van ouers tot huwelik-sluiting . . . . . 362 ev
boedelbelasting . . . . . 303 ev
boedelbeplanning .
opsie – kontrak . . . . . 303 ev
bona fides 256, 260, 262
boni mores 148, 315, 439
borgstellingskontrak, ongeldige
vervreemding van goed sonder teenwaarde deur insolvent . . . . . 425 ev
brandstigting 52, 53
burereg
oorskryding deur plantegroei . . . 200 ev
capitis deminutio 193
causae continentia 190
condictio indebiti . . . . . 420 ev
contra bonus mores 125
curator ad litem 245
damnum 370
diefstal . . . . . 51 ev
dienskontrak
verlies van verdienste . . . . . 6 ev
vrygewigheidsbetalings . . . . . 6 ev
direkteur
vertrouensplig . . . . . 67 ev
diskriminasie 290
dolus malus 257, 259, 261
dronkenskap
in die strafreg . . . . . 445 ev
dwang
as verweer in die strafreg . . . . . 412 ev
soorte van 412, 413
vis absoluta . . . . . 413 ev
vis compulsiva . . . . . 413 ev
egskeiding
geregtelike skeidingsbevel 431
gronde vir . . . . . 429 ev
jurisdiksie 433
kondonasie van owerspel 431
kostebevel 431

nominale onderhoud . . . . 57 ev, 432 ev
ontbindingsooreenkoms 433
owerspel . . . . . 89 ev
van swartes . . . . . 249 ev
eiendomsagent
waarborgfondsertifikaat . . . . . 190 ev
estoppel . . . . . 138 ev
exceptio doli generalis . . . . . 255 ev
exceptio doli generalis
as regverdiging vir estoppel en rektifikasie . . . . . 255, 263 ev
as reserweverweer . . . . . 255 ev
as verweer 263
geskiedenis . . . . . 256 ev
exceptio pacti 259
ex debito justitiae 269
expressa nocent, non expressa non nocent 406
ex ratione legis colligitur mens legis . 375
fideicommissum
ad pias causas . . . . . 400 ev
vereistes vir . . . . . 404 ev
forum conveniens . . . . . 187 ev, 193 ev
forum rei 191
functa officio 403
gelykheidsbeginsel . . . . . 283 ev, 289 ev
gemeenregtelike huwelik
aard van . . . . . 358 ev
beswaar teen huweliksluiting . 361, 372 ev
deur minderjariges sonder toestemming van ouers . . . . . 356 ev
gemeenskap van goedere . . . . . 51 ev
heimlike huwelik . . . . . 366 ev
maritale mag . . . . . 51 ev, 248
ontbinding van . . . . . 359 ev
sluiting van . . . . . 359 ev
tussen swartes . . . . . 245 ev
gemeenskap van goedere . . . . . 51 ev
geregtigheidsbeginsel . . . 282 ev, 289 ev
getuienis
bewyswaarde van . . . . . 322 ev
klagte by geslagsmisdade . . . . . 322 ev
toelaatbaarheid van . . . . . 322 ev
handeling
vis absoluta . . . . . 413 ev
heling . . . . . 197 ev, 314
hersiening
administratiewe handeling . . 272 ev, 292
uitsluiting van . . . . . 272 ev
huurkontrak
kennisgewing van ontbinding . . . 97 ev
implantatio 201
inaedificatio 201
incola 188
iniuria 370
inperkingsbevel
bywoning van 'n byeenkoms . . . 178 ev
in securitatem debiti . . . . . 118 ev, 134
insolvensie
bewys van . . . . . 300 ev
daad van . . . . . 301 ev
feitelike . . . . . 298 ev
handels- . . . . . 298 ev
verpligte sekwestrasie . . . . . 301 ev
vervreemding van goed sonder teenwaarde . . . . . 423 ev
vrywillige boedeloorgawe . . . . . 299 ev
instromingsbeheer 253
internasionale privaatreg
belangrikheid van . . . . . 77 ev
meerdere nasionale regstelsels . . . 27 ev
iudicium bonae fidei . . . . . 256 ev
iudicium stricti iuris . . . . . 256 ev
iusta ignorantia 259
jurisdiksie
actor sequitur forum rei 188
appèl vanaf administratiewe tribunaal . . . . . 190 ev
causae continentia 190
effektiwiteitsbeginsel . . . . . 188, 189 ev
forum conveniens . . . . . 193 ev
forum rei 191
ten aansien van gebied 187
toestemming tot 188
toetsingsbevoegdheid ten opsigte van wette . . . . . 451 ev
jus vitae necisque . . . . . 39 ev, 47
kind, onwettige
aanneming van . . . . . 293, 297 ev
KIS-kind . . . . . 89 ev
toegangsreg van vader . . . . 293, 295 ev
toesig en beheer . . . . . 293 ev
voogdy . . . . . 293 ev
wysiging van beheerbevel . . . . . 295 ev
KIS-kind
aanneming van . . . . . 89 ev
onderhoudsplig . . . . . 89 ev
konkubinaat . . . . . 361 ev
kontrak
diens- . . . . . 6 ev
gesimuleerde . . . . . 310 ev
huur- . . . . . 97 ev
kansellasie van . . . . . 27, 330 ev
kontrakbreuk . . . . . 14 ev
koop- . . . . . 211 ev
skriftelike . . . . . 211 ev
uitleg van . . . . . 318 ev
kontrakbreuk
berekening van skade . . . . . 14 ev
koopkontrak van onroerende goed
skrif . . . . . 211 ev
kostebevel
in huweliksgedinge 431
kunsmatige inseminasie . . . . . 89 ev
legaliteitsbeginsel . . . . . 324 ev
litera scripta 377, 394
litis contestatio
sessie van vorderingsregte . . . . 126 ev
lobolo . . . . . 42, 242, 247, 249 ev
locus standi 126, 127
maatskappy
beskerming van skuldeisers . . . . 328 ev
direkteur . . . . . 67 ev
kontraksluiting . . . . . 211 ev
statute 213
mala fide 125, 171, 273
male iure nostro uti non debemus . . 200
maritale mag . . . . . 51 ev, 248
mededader . . . . . 195 ev
medepligtige . . . . . 195 ev
medepligtigheid . . . 45 ev, 195 ev, 312 ev
middellike aanspreeklikheid . . . . . 206 ev
minderjarige
beskerming van . . . . . 363 ev
huweliksluiting van . . . . . 356 ev
ouerlike gesag . . . . . 370 ev

misdaad
algemene beginsels . . . . . 312 ev
besondere misdade . . . . 197 ev, 312 ev
tussen gades . . . . . 39 ev
moord
dwang as verweer . . . . . 412 ev
mora debitoris
aanmaning om te presteer . . . . . 330 ev
nalatige wanvoorstelling . . . 82 ev, 86 ev
natuurlike geregtigheid
audi alteram partem . . . . . 157 ev
begrip . . . . . 157 ev
negotia bonae fidei 256, 260
negotia stricti iuris 256, 260
nemo judex in causa sua 158
noodtoestand . . . . . 149 ev
nullum crimen sine lege . . . . . 273 ev
ondervraging, voorverhoor . . . . . 101 ev
onregmatige daad
iniuria 435
nalatige wanvoorstelling . . 82 ev, 86 ev
nalatigheid 217, 221
noodtoestand . . . . . 149 ev
persoonlikheidsregte . . . 141 ev, 316 ev
onregmatige mededinging
Aquiliese aanspreeklikheid 437
provokasie 434
reg op werfkrag 438
skadevergoeding . . . . . 1 ev
staatsaanspreeklikheid . . . . . 206 ev
vertroulike inligting . . . . . 437 ev
onsedelike aanranding 45
ontvoering . . . . . 368, 370 ev
openbare byeenkomste
verbod op die bywoning van . . . 178 ev
opsetlike saakbeskadiging 53, 55
opsie . . . . . 303 ev
pactum successorium 309
persoonlikheidsregte
eergevoel 436
identiteit . . . . . 141 ev
liggaam 436
privaatheid . . . . . 141 ev, 316 ev
piae causae 407, 408
poging . . . . . 314 ev
provokasie . . . . . 434 ev
publikasie-beheer . . . . . 267 ev
publikasie, ongewenste
besit van 269
bewys van ongewensdheid . . . . 270 ev
misdryf . . . . . 267 ev
"ongewensdheid" . . . . . 268 ev
verspreiding van 269
voortbrenging van . . . . . 269 ev
ras . . . . . 32 ev
reg
doel van . . . . . 279 ev
regsidee . . . . . 282 ev
soewereiniteit in eie sfeer . 280 ev, 288 ev
regshandeling
begrip 363
beskerming van minderjariges . . . 363 ev
regsidee . . . . . 282 ev
gelykheid . . . . . 283 ev, 289 ev
geregtigheid . . . . . 282 ev, 289 ev
reg van stilswye
tydens voorverhoor – ondervraging 214 ev
rei vindicatio 201
rektifikasie
exceptio doli generalis as reserweverweer . . . . . 255 ev
toelaatbare getuienis 321
res inter alios acta alteri nocere non debet 7, 9, 17, 18
retortio 435
sameswering 46
sessie
in securitatem debiti . . . . . 118 ev, 134
saaklike ooreenkoms . . . . . 129 ev
spes fideicommissi 128
toekomstige regte . . . . . 117 ev
vorderingsreg . . . . . 126 ev
sic utere tuo ut alienam non laedas . . 200
skade . . . . . 3 ev, 370
skadevergoeding . . . . . 1 ev
begrip 5
berekening van . . . . . 1 ev
oogmerke . . . . . 20 ev
voordeeltoerekeningsprobleem . . 1 ev
skuld
vis compulsiva . . . . . 413 ev
soewereiniteit
in eie kring . . . . . 280 ev, 288 ev
spes fideicommissi
oordraagbaarheid 128
staatsaanspreeklikheid . . . . . 206 ev
stam . . . . . 32 ev
statusverandering . . . . . 39 ev, 193
stigting . . . . . 400, 407 ev
strafprosesreg
strafverhoging . . . . . 440 ev
terugtrekking van appèl . . . . . 440 ev
strafreg
algemene beginsels van . . . . . 312 ev
beskermingsfunksie van . . . . . 312 ev
besondere misdade . . . . 197 ev, 312 ev
dronkenskap . . . . . 445 ev
superficies solo cedit 201
swart erfreg . . . . . 251 ev
swart gewoontereg
inter-gentiel regskonflikte . . . . . 32 ev
interstaatlike regskonflikte . . . . 34 ev
regskonflik met gemenereg . 29 ev, 241 ev
swart gewoonteregtelike huwelik . . 41 ev, 241 ev
lobolo . . . . . 42, 242, 247, 249 ev
onderhoudsplig . . . . . 242 ev
swart reg
gewoontereg . . . . . 27 ev, 239 ev
wetgewing . . . . . 32 ev, 241 ev
testament
bemakings ad pias causas . . . . . 407 ev
cypres 409
eksekuteurs, aanstelling van 403
opskortende voorwaarde . . . . . 99 ev
persona certa as bevoordeelde . 404, 406 ev
tydsbepaling . . . . . 99 ev
uitleg van . . . . . 401 ev
vestiging van regte . . . . . 99 ev
tjek, nie verhandelbare
deliktuele aanspreeklikheid van invorderingsbank . . . . . 418 ev
kruising van . . . . . 416 ev
ongeregverdigde verryking van trekker . . . . . 420 ev
plig van betrokkene 416

BLADSY

toerekeningsvatbaarheid
verminderde . . . . . 203 ev
toestemming van ouers
tot huwelieksluiting 369
verrigting van regshandelinge . . . 363 ev
trust
ad pias causas . . . . . 400 ev
cypres 409
uitleg van kontrak
agtergrondsomstandighede . . . . 318 ev
omringende omstandighede . . . . 318 ev
uitleg van wette
aard van die reëls van uitleg . . . 387 ev
afwyking van letterlike uitleg . 380 ev, 385
bedoeling van die wetgewer . . . . 374 ev
betekenis van 'n wet 387
doel van die wetgewer . . . 374, 381, 386
395 ev
dubbelsinnigheid . . . . . 380 ev, 390
gewone betekenis van woorde . 379 ev, 387,
396
klaarblyklike absurditeit . . 380, 385, 389
letterlike uitleg . . . . . 374 ev
regshermeneutika 377
vermoedens van uitleg . . 374, 378, 391 ev
wet as geheel . . 380, 386, 393 ev, 395 ev
uitlokking 46
ultra vires

BLADSY

administratiefreg . . . . 191 ev, 324 ev
veiligheidswetgewing . . . 285 ev, 291 ev
verbode immigrant . . . . . 172 ev
verkragting
van getroude vrou . . . . . 39 ev
verryking, ongeregverdigde
condictio indebiti . . . . . 420 ev
van trekker van 'n nie-verhandelbare
tjek . . . . . 418 ev
versari in re illicita 221
versekering
aanspreeklikheidsversekering . . . 18 ev
skadeversekering . . . . . 16 ev
sosiale versekering . . . . . 18 ev
subrogasie 17, 18
versweë prinsipaal . . . . . 126 ev
vis absoluta . . . . . 413 ev
vis compulsiva . . . . . 412 ev
voogdy
kind uit gewoonteregtelike huwelik 244 ev
KIS-kind . . . . . 89 ev
voorverhoorondervraging
bekentenis . . . . . 101 ev
reg van stilswye . . . . . 214 ev
vorms, voorgeskrewe
geldigheid van . . . . . 369 ev
nakoming van bewysregreëls . . . 362 ev

HEER DRUKKERS (EDMS) BPK
PRETORIA

Die voordeeltoerekeningsreël - knooppunt van uiteenlopende teorieë oor die oogmerk met skadevergoeding*

CFC van der Walt

B Iur et Art LLD
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

In this article the South African positive law concerning the collateral benefit-rule (also sometimes called, not inaptly so, the swings and roundabouts-principle) is analysed in order to ascertain if a single or generally applicable solution to the problem it poses can be found, and if so, what that solution is.

Close scrutiny reveals that neither one of the most popular approaches to the problem, ie either that it is a question of *causality* or that it is a matter of what *damage* really means, prove to be satisfactory. A third approach, which at one time enjoyed some adherence, namely that it is a matter of evidence to be solved through the application of the res inter alios acta-rule, is today generally discarded as ex post facto-rationalization.

The collateral benefit-rule is encountered in widely differing situations, of which only the following instances are analysed here: (1) Continued and gratuitous emolument of an injured worker during a period of incapacity; (2) donations from third parties other than employers; (3) accelerated accrual of benefits to dependants from their breadwinner's estate; (4) cases of valuable wreckage; (5) the case where a seller resells the merx at a profit to a third party after the initial purchaser committed a breach of their contract; (6) the type of case where a party to a contract, whose counter-part breached their contract before he had fulfilled his own obligations under that contract, consequently saves the cost of doing so at all; (7) the factual situation that an injured worker who has no income during the period of his incapacity, also saves the income tax he would otherwise have had to pay, and, lastly, (8) the rather obvious case where an injured person, in addition to insurance benefits already received, claims delictual damages from the defendant.

Careful analysis of the above-mentioned categories of circumstances in which the collateral benefit-problem has arisen, leads one to the conclusion that the solution must be sought in the normative field and not in the application of any more or less mechanistic rule of thumb.

The key to the correct normative approach to our problem must, it is here submitted, primarily be sought in discovering the underlying reason for allowing a claim for damages in a specific instance. Primarily damages claims should be aimed at compensating damage to the fullest degree that is attainable and desirable in the circumstances. This could mean that collateral benefits should be allowed to accrue until such full compensation has been attained, and that no such accrual should be allowed beyond that point.

---

*'n Verwerking van 'n intreerede gehou op 4 Mei 1979 by die PU vir CHO, Potchefstroom.

This misleadingly simple approach is, however, vastly complicated by the fact that various secondary purposes (eg general deterrence, loss spreading, rehabilitation, or even penalisation), taken individually or in different combinations with one or more of the other secondary purposes and/or the primary purpose of compensatory actions, may also feature. This could lead to accrual of a benefit having to be allowed although it results in over-compensation, or that accrual of a benefit to the claimant will have to be refused in spite of its resulting in under-compensation.

The current exposition of the positive law in this regard leads me to suggest the following modus operandi for ascertaining the correct normative approach to the collateral benefit-problem in a specific case: The first consideration should always be to discern the overriding *purpose* for which an award of damages is to be made in the instant case. If that proves to be impossible, or renders an equivocal result, the *intention* of the benefactor in conferring the benefit and the *attitude* with which the benefit was received, may be looked to. Furthermore, it is often relevant to decide whether it can be said that the claimant *earned* the benefit through services rendered by him, or *bought* it by paying the premiums for it. If, in spite of having applied the above considerations, it is still not clear whether the benefit ought to be allowed to accrue or not, one might find the answer to this *essentially normative* question by giving due consideration to what would be equitable, reasonable and in the public interest in the specific instance.

1 INLEIDING EN VRAAGSTELLING

'n Mens se reaksie wanneer die titel van hierdie ondersoek vir die eerste keer gehoor word, is seker een van effense onsekerheid. Indien daardie onsekerheid nie daaruit spruit dat die leser nog nie voorheen van so 'n vraagstelling gehoor het nie, sal dit meestal voortkom uit die oortuiging dat daardie betrokke gedeelte van die reg gelukkig geen noemenswaardige onduidelikhede bevat nie. In wat hierna volg, gaan ek probeer om die ontsagwekkende vraagstukke en die multidissiplinêre verwikkeldheid van die onderhawige regsgebied na vore te bring. Indien daar aldusdoende meer vrae gestel as beantwoord word en die leser se aanvanklike gevoel van onsekerheid kwalik uit die weg geruim word, vertrou ek dat ek nie te veel daarvoor verwyt sal word nie.

Wat behels die voordeeltoerekeningsprobleem dan – daardie probleem wat skynbaar in elke beskaafde regstelsel aktueel is[1] maar waarvan die inhoud en die strekwydte onvas is[2] en in verband waarmee logika glo skitter deur sy afwesigheid?[3]

Die voordeeltoerekeningsvraag kan waarskynlik ten beste met behulp van 'n eenvoudige voorbeeld verduidelik word:

> Gestel A, wat op die sypaadjie stap, word deur 'n nalatige motoris B omgery. Die beserings deur A opgedoen bring vir hom mediese koste en 'n verlies van verdienste mee wat in totaal R10 000 bedra. Juis as gevolg van daardie ongeluk skenk sy welgestelde en jammerhartige tante C aan haar lieflingsnefie A R10 000. In die onderhawige geval slaan die voordeeltoerekeningsvraag nou daarop of B, wanneer hy deur A vir skadevergoeding aangespreek word, as teenargument kan opwerp dat A niks van hom kan verhaal nie omdat die nadeel wat A

[1]per ar Rumpff in *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* 1973 2 SA 146 (A) 150D.
[2]per ar Trollip in *Santam* supra 168H.
[3]per LJ Donovan in *Browning v War Office* 1963 1 QB 750 (CA) 762.

gely het deur die voordeel van sy tante se vrygewigheid uitgekanselleer is.

Dit is duidelik dat ons voorbeeld op twee uiteenlopende wyses benader kan word. So kan 'n mens as uitgangspunt stel dat B *vir al die skade wat hy veroorsaak het*, aanspreeklik gehou moet word (soos in *Ackerman v Loubser* 1918 OPD 31 35 gesê is). 'n Mens se uitgangspunt kan egter ook wees dat B slegs aanspreeklik gehou kan word *vir die skade wat A werklik gely het.* (Ingevolge hierdie benadering aanvaar ons voorlopig argumentshalwe dat 'n voordeel soos die onderhawige skenking wel A se skade kan verminder en selfs kanselleer.) Dat hierdie twee uitgangspunte tot verskillende antwoorde sal lei in ons voorbeeld is duidelik: Indien die eerste uitgangspunt gehuldig word, word die skenking buite rekening gelaat by die bepaling van A se skade, maar ingevolge die tweede uitgangspunt sal verrekening daarvan wel moet plaasvind.[4] Reeds in ons eenvoudige voorbeeld hang die antwoord wat op die voordeeltoerekeningsvraag gegee word dus af van die doel wat ons met die aanspreeklikstelling van B wil nastreef. Voeg ons nou hier by dat daar in die ingewikkeldheid van die hedendaagse skadevergoedingsreg nog etlike ander doeleindes is waarvoor skadevergoedingstoekenning ingespan word en dat 'n enkele een van daardie doeleindes baie selde los van die ander oogmerke by 'n skadevergoedingstoekenning figureer, dan begin ons pas die volle trefkrag van ons probleemstelling aanvoel.

2 BEGRIPSBEPALINGS

Uit wat hierbo gesê is, blyk dit dat daar allereers duidelikheid verkry moet word oor wat verstaan word onder begrippe soos "skadevergoedingsreg," "skade" en "skadevergoeding." In hierdie verband is dit miskien goed om eers 'n tussenwerpsel te maak in die woorde van Eric Morris aan sy lesers:

> "The points of law and problems of fact on which you will have to advise during your career will be as the stars in the heavens in their number or as the flowers of the field in their variety. There is one, you will find, that is as constant as the Pole Star, as glorious as the rosebud, and sometimes as elusive as the Scarlet Pimpernel. It is a simple word; it is a complex concept; it is a fundamental issue of fact. The topic is: damages."[5]

Met Morris se waarskuwing in gedagte wil ek die *skadevergoedingsreg* omskryf as daardie groep reëls van die privaatreg wat te make het met die ontstaan, inhoud, oordrag en tot niet gaan van verpligtinge tot die vergoeding van skade.

Skade omskryf ek as 'n afname in die nuttigheid van 'n getroffe vermoënsbestanddeel of vermoënstruktuur vir die planmatige bevrediging van die betrokke vermoënshebbende se erkende behoeftes.[6] Dat hierdie omskrywing van skade wesenlik verskil van die tradisionele benadering wat

---

[4]vir doeleindes van die huidige argument steeds onderhewig aan die bogenoemde veronderstelling.

[5]*Technique in Litigation* 2e uitg (1975) 90.

[6]'n Vollediger uiteensetting van die argumente uit hoofde waarvan hierdie omskrywing gegroei het, is te vinde in my proefskrif *Die Sommeskadeleer en die 'once and for all'-reël* (Unisa 1977) hoofstukke 7 en 8.

deur die appèlafdeling in *Union Government v Warneke* 1911 AD 657 in die Suid-Afrikaanse reg ingedra is, is duidelik. In daardie uitspraak is die sogenaamde sommeskadeleer, wat in 1855 deur Friedrich Mommsen geformuleer is[7] en deur die geleibuis van Erwin Grueber[8] hierheen oorgedra is, sonder meer[9] aanvaar. Ingevolge die sommeskadeleer bestaan skade in die negatiewe verskil tussen die betrokkene se huidige vermoënsposisie (na plaasvind van die gewraakte gebeurtenis) en sy hipotetiese vermoënsposisie wat huidig sou bestaan het indien die gewraakte gebeurtenis nie sou plaasgevind het nie. Dit hou dus in dat 'n huidige *werklike* vermoën*som* vergelyk word met 'n *hipotetiese* huidige vermoën*som*. Vandaar dan die benaming: sommeskadeleer. Ofskoon die versoeking groot is om die sommeskadeleer vervolgens stelselmatig te ontmasker, sal ons hier[10] moet volstaan met die opmerking dat die eksponente van daardie skadeleer sonder enige voorbehoud betoog dat die voordeeltoerekeningsprobleem vir hulle geen probleem is nie.[11] Hulle meen klaarblyklik dat daardie probleem as vanselfsprekend opgelos kan word vanuit die sommeskadebegrip. Soos hopelik duidelik uit my verdere uiteensetting sal blyk, kan die voordeeltoerekeningsprobleem egter nie vanuit die sommeskadebegrip of enige ander skadebegrip opgelos word nie.

Daar moet dadelik toegegee word dat daar geen voordeeltoerekeningsprobleem sou bestaan het indien die proses wat gevolg word by die bepaling van skadevergoeding, bloot sou bestaan het in die maak van 'n optelsom van al die voor- en nadelige gevolge van 'n skadestigtende gebeurtenis nie. Die verste op hierdie pad gaan Van der Merwe en Olivier[12] wat die nie-inagneming van sekere voordele (wat bloot rekenkundig gesproke die nadeel verminder, uitwis of selfs te bowe gaan) streng afkeur. Ingevolge so 'n benadering sou 'n mens met betrekking tot die voorbeeld wat hierbo gegee is waarskynlik moet redeneer dat die bedrag wat die jammerhartige tante C aan haar nefie A gegee het omdat hy deur B omgery is, sonder meer meebring dat A geen skadevergoeding van B kan verhaal nie. Dat hierdie resultaat waarskynlik nie die skenker sal aanstaan as sy besef dat die onverskillige B nou skotvry en met 'n beloning daarvan afkom nie, spreek vanself. Die laaste ding wat sy wou doen, was waarskynlik om 'n "geskenk" van R10 000 aan die wildvreemde B, wat boonop haar lieflingsnefie op die sypaadjie

---

[7]in sy *Beiträge zum Obligationenrecht* 2. *Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse* (1855) 3.

[8]in sy werk *The Roman Law of Damage to Property: Being a Commentary on the title of the Digest ad legem Aquiliam 9 2* (1886) 269.

[9]Dws sonder om die konstante stroom van kritiek teen hierdie skadebeskouing sedert die eerste proklamering daarvan in ag te neem. Kyk bv na R Cohnfeldt *Die Lehre vom Interesse nach Römischen Recht* (1865) 3–4 en D Medicus se *Id quod interest* (1962) 2 3 327 336–8.

[10]Vir 'n volledige uiteensetting van die kritiek teen die sommeskadeleer kan hoofstukke 2 tot 8 van my bogemelde proefskrif geraadpleeg word.

[11]Hiervan getuig bv JC de Wet en AH van Wyk in hulle werk *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg (1978) 203 waar hulle, nadat hulle die sommeskadeleer as hulle oortuiging gestel het, sê: "*Dit bring noodwendig mee* dat teen die nadelige gevolge van die kontrakbreuk die voordelige gevolge, as daar is, opgeweeg moet word" (my beklemtoning). Kyk ook NJ van der Merwe en PJJ Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 3e uitg (1976) 175–178, en ar Trollip se afwykende uitspraak in *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* supra 171E–172A.

[12]175 ev veral 177.

omgery het, te maak. 'n Dergelike resultaat druis in teen 'n mens se billikheidsgevoel en kan nie goedgepraat word nie. Hieronder sal oorweeg moet word of hierdie gevoel van onbehaaglikheid met die resultaat wat deur 'n suiwer rekenkundige benadering tot voordeeltoerekening opgelewer word, wel op aanvaarbare gronde berus. Vir die huidige kan gestel word dat die resultaat van 'n bloot rekenkundige bewerking so 'n gevoel van billike verontwaardiging sal meebring. Dit kan waarskynlik daaraan toegeskryf word dat 'n mens hier met die onontwykbare vraag gekonfronteer word of die vrygewigheid van een persoon teenoor 'n benadeelde die aanspreeklikheid van die dader *behoort* te verminder. Só gestel, is die voordeeltoerekeningsvraag nou eenmaal nie 'n bloot rekenkundige vraag nie maar een wat ook, en veral, behorenselemente bevat.

Die derde begrip wat ons hier moet omskryf is *skadevergoeding*. Skadevergoeding dui myns insiens op daardie bedrag geld wat aan 'n benadeelde toegeken word as 'n ekwivalent[13] vir die verlore of verminderde nuttigheidswaarde van sy vermoënsgoed vir die bevrediging van sy erkende behoeftes. Dit behoef nou weinig betoog dat die hoofdoel met die toekenning van skadevergoeding juis moet wees om skade wat berokken is agterna so goed moontlik te probeer herstel. Uit hierdie hoofdoel volg dat skadevergoeding nooit in eerste instansie op iets anders of op meer as die blote vergoeding van die benadeelde se skade gerig mag wees nie.[14] Dit beteken natuurlik nie dat 'n skadevergoedingstoekenning nie meteen ander, selfs heeltemal uiteenlopende oogmerke ook kan bevorder nie. Hieronder val veral oogmerke soos straf, afskrikking, rehabilitasie tot beter gedrag en kosteverspreiding.[15] Die veelvuldige moontlike oogmerke wat apart of in verskillende kombinasies deur die toekenning van skadevergoeding bevorder kan word, is direk verantwoordelik vir die pat-situasie waarin haas almal wat op soek is na 'n oplossing van die voordeeltoerekeningsprobleem, verkeer. Hierdie verwarrende verskeidenheid bemoeilik die soeke na 'n norm vir die oplossing van die probleem geweldig. Die gebrek aan 'n dergelike norm (of minstens 'n bevredigende norm) het op sy beurt weer 'n moeilik oorskoubare veelheid van sogenaamd praktiese oplossings vir spesifieke gevalle tot gevolg. Die boemerangeffek van hierdie kasuïsme dien dan veral daartoe om die grondliggende norm vir voordeeltoerekening nog dieper agter ex post facto gerasionaliseerde "oplossings" te verberg.

---

[13]Kyk ook Degenkolb *Der Spezifische Inhalt des Schadensersatzes* (1890) 76 AcP 17 en AR Bloembergen *Schadevergoeding bij Onrechtmatige Daad* (1965) 53 55 114.

[14]Kyk oa na Staudinger bd II *Recht der Schuldverhältnisse Teil* l c *Lieferung* 1, *erläutert von dr A Werner und dr H Kaduk* 10/11e uitg (1967) 73; R Neuner *Interesse und Vermögensschaden* (1931) 133 AcP 291; H-J Mertens *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht* (1967) 95 ev 98–99 108; Mommsen 27; HA Fischer *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (1903) 155 219; Bloembergen 117; my aangehaalde proefskrif bv 285 ev 500 ev. Dieselfde mening word in die Suid-Afrikaanse regspraak gehuldig. Kyk bv na *Union Government v Warneke* supra 662; *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* supra 152E 171E–H en *Milns v Protea Assurance Co* 1978 3 SA 1006 (K) 1012H.

[15]Kyk bv na 1949 2 NJW 303 (vonnisbespreking); K Larenz *Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht* (1959) 12 NJW 865 ev en *Lehrbuch des Schuldrechts* bd 1 *Allgemeiner Teil* 11e uitg (1976) 342 ev; B Keuk *Vermögensschaden und Interesse* (1972) 48 ev; W Selb *Individualschaden und soziale Sicherung*, bylae tot 1966 17 VersR 5 19; Mertens 109 en my aangehaalde proefskrif 102–110 217–239.

Voordat meer aandag aan hierdie kwessie bestee word, lyk dit egter vir my dienlik om eers vas te stel in watter tipes gevalle die voordeeltoerekeningsprobleem meestal ontstaan en hoe dit dan beredder word.

3 TIPIESE GEVALLE WAAR DIE VOORDEELTOEREKENINGSVRAAG BEANTWOORD MOET WORD

3 1 Gevalle waar die betrokke voordeel uit 'n weldoener se vrygewigheid voortkom

3 1 1 *Vrygewige en verstandige werkgewers*

'n Mens kan aan verskillende situasies dink waar 'n werkgewer aanhou om 'n beseerde werknemer se salaris of loon aan hom te betaal ongeag of hy tydens sy hersteltydperk sy normale take behartig of nie.

Die eerste situasie wat na vore kom is waar die besoldiging voortgaan ongeag die werknemer se algehele arbeidsongeskiktheid. Dergelike feite het voor die Durbanse hof gedien in *Major v Yorkshire Insurance* 1949 1 PH J1 (D). Daardie hof het beslis dat die voortgesette besoldiging van Major deur sy werkgewer buite rekening gelaat moet word by die vasstelling van die vergoeding wat hy vir die verlies aan verdienste as gevolg van sy arbeidsongeskiktheid van Yorkshire Insurance kon verhaal. Major se suksesvolle argumente was dat hy tydens sy algehele arbeidsongeskiktheid geen besoldiging verdien het nie; dat hy dit dus as 'n geskenk beskou wat hy as gevolg van sy werkgewer se vrygewigheid ontvang het sonder om enigsins daarop geregtig te wees. Voorts is betoog dat Major in 'n vergelykbare posisie was met die begunstigde ingevolge 'n skadeversekeringskontrak.[16] Analoog aan 'n premiebetaler ingevolge 'n versekeringskontrak het hy, luidens hierdie redenasie, reeds deur sy voorafgaande dienslewering as't ware betaal vir die voortgesette besoldiging wat hy eers tydens sy latere arbeidsongeskiktheid ontvang het. Op hierdie argument sal later teruggekom word.[17]

In *Van Heerden v African Guarantee & Indemnity Insurance Co* 1951 3 SA 730 (K) moes die Kaapse hof daaroor beslis of die voortgesette besoldiging van 'n winkelklerk, terwyl hy as gevolg van beserings wat hy in 'n motorbotsing opgedoen het nie kon werk nie, die versekeraar se aanspreeklikheid ingevolge die Motorvoertuigassuransiewet 29 van 1942 verminder of nie. Die onderhawige geval verskil volgens die hof wesenlik van die skadeversekeringsgevalle waarna in die *Major*-saak supra verwys is. In daardie geval is die betrokke voordeel naamlik uit hoofde van *kontrak* ontvang nadat daar 'n *teenprestasie* gelewer is, terwyl die voordeel in die onderhawige geval uit 'n *delik* ontspring (731D). Ofskoon regter Van Zyl aanknoping soek[18] by die "new supervening cause"- en "direct consequences"-argument van twyfelagtige faam op die terrein van aanspreeklikheidsbegrensing (731F ev) baseer hy sy beslissing dat voordeeltoerekening wel moet plaasvind op 'n

---

[16]Hierdie argument is ontleen aan *Halsbury's Statutes of England* bd 10 par 144. Op die gevalle waarby die verrekening al dan nie van die opbrengs van versekeringskontrakte teen skadevergoedingsaansprake aan die orde is, word hieronder in afd 3 6 ingegaan.

[17]Kyk by vn 29 en afd 5 infra.

[18]in navolging van r Pitman in *Richards v Richardson* 1929 EDL 146.

ander oorweging. Op grond van Van Heerden se stelling in die hof dat hy die betrokke voortbetaalde bedrag as sy *salaris* ontvang het en nie as 'n blote weldaad van sy werkgewer nie, laat die hof die voordeeltoerekening toe. Van Heerden was seker agterna baie spyt dat hy nie in die hof gesê het dat hy deurgaans gevoel en geweet het dat hy tydens sy arbeidsongeskiktheid op geen besoldiging geregtig was nie en dat hy dit dus as 'n weldaad van sy werkgewer beskou het. Indien hy laasgenoemde weg gevolg het, sou regter Van Zyl (luidens sy eie woorde op 732G) nie die voordeeltoerekening toegelaat het nie![19]

Dat voortgesette besoldiging van 'n arbeidsongeskikte werknemer buite rekening gelaat word waar die werkgewer hom uit vrygewigheid betaal, is ook deur die Vrystaatse hof bevestig in *Henning v South British Insurance Co* 1963 1 SA 272 (O). In daardie geval het Henning 'n bedrag van die verweerder geëis ter vergoeding van sy verlies aan verdienste terwyl hy reeds, ingevolge artikel 38 van die Ongevallewet 30 van 1941 van die ongevallekommissaris periodieke betalings ten opsigte van 'n deel van sy verlies, en ingevolge die staatsdiensregulasies van sy werkgewer 'n bedrag ten opsigte van die res van sy verlies ontvang het. Oor die verrekening van die bedrag wat hy van die ongevallekommissaris ontvang het, was daar geen geskil nie.[20] Aangesien die magtigende bepaling in die staatsdiensregulasies geen afdwingbare aansprake aan Henning gee nie en daardie deel van die betaling gevolglik as 'n daad van vrygewigheid beskou moet word, beslis regterpresident Smit dat geen verrekening van daardie voordeel moet plaasvind nie. Ongelukkig verkies ook hy, soos al voorheen en agterna in ander howe gedoen is, om sy beslissing te giet in die vorm van die Engelsregtelike bewysreël res inter alios acta alteri nocere non debet (274B ev, 275E). Op die vraag of hierdie reël van die bewysreg enige nut het vir die oplossing van die voordeeltoerekeningsprobleem moet later nog gelet word.[21]

Ook vir die Witwatersrandse hof word die reël met betrekking tot vrygewigheidsbetalings in *Morris v African Guarantee & Indemnity Co* 1964 4 SA 747 (W) aanvaar.

Die appèlafdeling kry eers in *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* 1973 2 SA 146 (A) die geleentheid om sy gesagvolle stem oor hierdie tipe geval te laat hoor. Byleveldt, 'n motorwerktuigkundige, het in 'n botsing

---

[19]Die beslissing en die redes daarvoor in die *Van Heerden*-saak supra is ontleed en gekritiseer in 1951 *SALJ* 372 (RG McKerron), 1956 *SALJ* 47 (AS van der Spuy) en 1951 *Annual Survey of South African Law* 129 (RG McKerron). In *Henning v South British Insurance Co* 1963 1 SA 272 (O) op 274H ev probeer rp Smit tevergeefs om die uitspraak in die *Van Heerden*-saak supra met die *Major*-saak supra te versoen. Sy rasionalisering moet verwerp word omdat dit berus op die argument dat 'n beseerde, vir sover hy *geregtig* is op besoldiging tydens sy arbeidsongeskiktheid, geen *skade* ly as gevolg van daardie arbeidsongeskiktheid nie. Hierdie is 'n contradictio want die uitgangspunt is juis dat voordele waarop die beseerde geregtig is omdat hy daarvoor betaal het of dit verdien het, as 'n beginselsaak buite beskouing gelaat word. Verdere kritiek is uitgespreek in *Bosch v Parity Insurance Co* 1964 2 SA 449 (W) 452; *Morris v African Guarantee & Indemnity Co* 1964 4 SA 747 (W) 750 ev.

[20]Dit word gereël in a 8(1) van die *Ongevallewet* 30 van 1941 en kom in afd 3 6 2 infra aan die orde.

[21]Kyk die bespreking hierna van ar Trollip se afwykende uitspraak in *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* supra.

tussen sy motor en 'n trekker ernstige permanente breinskade opgedoen as gevolg waarvan hy permanent gedeeltelik arbeidsongeskik was. Nietemin het sy werkgewer hom weer sekere los en roetinetake van 'n elementêre aard laat verrig en aan hom die gebruiklike besoldiging van 'n werktuigkundige betaal. Die Transvaalse hof, by monde van regter Theron, het onder meer beslis dat Byleveldt nie medewerkend nalatig was met betrekking tot die botsing nie en dat dit deur die uitsluitlike nalatigheid van die trekkerbestuurder veroorsaak is. Voorts het die verhoorhof aan Byleveldt 'n bedrag ten opsigte van sy reeds gelede verlies aan verdienste toegeken nadat die verhoorhof aangedui het dat die bedrae wat Byleveldt na die botsing van die garage ontvang het, verreken moes word teen sy verlies aan verdienste. Teen die hele uitspraak van die verhoorhof het Santam toe appèl aangeteken. Hierop het Byleveldt 'n teenappèl aangeteken met die strekking dat die bedrae wat na die botsing deur die motorhawe aan Byleveldt betaal is, nie teen sy verlies aan verdienste verreken moes geword het nie.

Die appèlafdeling bevestig eenparig die verhoorhof se bevinding met betrekking tot die oorsaak van die botsing en die gebrek aan enige nalatigheid aan die kant van Byleveldt. Oor die voordeeltoerekeningsvraag loop die menings egter uiteen. Die meerderheid van die hof[22] beslis dat daar geen dienskontrak aangegaan is toe aan Byleveldt na sy besering weer werkies toevertrou is nie.[23] In sy afwykende uitspraak meen appèlregter Trollip dat daar wel so 'n dienskontrak tot stand gekom het (169C–170F en 171D). Vir die meerderheid van die hof is dit duidelik dat die probleem in hierdie tipe gevalle by die vrygewigheidsbron begin indien 'n mens eenmaal aanvaar dat voordele uit 'n dergelike bron buite beskouing gelaat moet word – welke beginsel die meerderheid van die appèlafdeling wel aanvaar.[24] Hoofregter Rumpff ag hierdie beginsel trouens so sterk dat hy skynbaar geen voordeeltoerekening sal toelaat nie al sou ook bevind word dat Byleveldt wel na sy besering 'n nuwe dienskontrak met die garage gesluit het en die garage hom ingevolge daardie kontrak besoldig het (154F–H). Die rede vir hierdie siening van die meerderheid van die hof, waarvoor hoofregter Rumpff ook steun in die Engelse en Amerikaanse reg vind (152A–D), is dat 'n dergelike kontrak se inhoud, gesien die omstandighede waaronder Byleveldt werk, in elk geval nog van betaling uit oorwegings van vrygewigheid sou spreek (154G). Volgens die meerderheidsuitspraak is die vraag dus nie of daar formeel 'n kontrak bestaan ingevolge waarvan die voortgesette besoldiging geskied nie, maar of die betrokke voordele wesenlik uit vrygewigheid ontstaan of nie (154H).[25]

---

[22]hr Rumpff en arr Potgieter en Jansen, met wie ar Wessels in 'n afsonderlike uitspraak saamstem. Die afwykende minderheidsuitspraak is deur ar Trollip gelewer.

[23]So word gesê dat Byleveldt in elk geval nie verstandelik bevoeg of in staat was om so 'n kontrak te sluit nie (154C 166F–167F).

[24]Hr Rumpff meld dat hiervoor van meet af aan op Engelse regspraak gesteun is en dat dieselfde reël ook in die meeste Amerikaanse en kontinentale regstelsels geld. In *Parry v Cleaver* 1970 AC 1 14 regverdig lord Reid hierdie reël met verwysing na die ". . . ordinary man's sense of justice . . ." as faset van die openbare beleid. Die stand van die Amerikaanse reg hieroor blyk uit 18 ALR 678, 95 ALR 575 veral 577 en 7 ALR 3d 519. Kyk verder Bloembergen 346 e v en H Lange *Die Vorteilsausgleichung* (1978) 10 JuS 649 655.

[25]Ar Wessels gooi sy instemmende uitspraak oor die boeg van die res inter alios acta-reël

Soos reeds meegedeel is, meen appèlregter Trollip in sy afwykende uitspraak dat die voortgesette besoldiging van Byleveldt ingevolge 'n nuwe dienskontrak, wat hy na die botsing met die garage gesluit het, geskied het. Byleveldt het dus besoldiging ontvang waarop hy geregtig was (171D). Appèlregter Trollip vind dit gevolglik in beginsel heel logies en in ooreenstemming met die onderliggende skadevergoedingsdoel van ons reg dat daardie besoldiging teen sy eis in verrekening gebring moet word (171E). Vir appèlregter Trollip is die voordeeltoerekeningsvraag duidelik 'n vraag van die *bewysreg* (172B ev) en/of die skadebegrip (172A en 173G–H).

As bewysregtelike reël is die res inter alios acta-reël egter, soos appèlregter Trollip toegee, moeilik om aan te wend. Daarvolgens is getuienis van gebeure tussen A en B nie toelaatbaar in 'n geskil tussen B en C nie. Hierdie reël moet kennelik gekwalifiseer word want feite rakende die verhouding tussen A en B kan maklik die verhouding tussen B en C beïnvloed, veral in skadevergoedingsgevalle. Die nodige kwalifikasie van die reël is vir appèlregter Trollip te vinde in die antwoord op die vraag of die gebeure tussen A en B "any legal operation material to the subject of enquiry" tussen B en C het. Of getuienis van gebeure inter alios (tussen A en B) wel toelaatbaar is inter partes (tussen B en C), kan volgens hom in finale instansie vasgestel word deur te vra na wat uit hoofde van die oorwegings van billikheid, redelikheid of die openbare beleid geverg word (172H). Dat die laasgenoemde oorwegings wel in verband met voordeeltoerekening 'n belangrike rol speel, is ook deur die meerderheid van die hof ingesien (150F en 153C) en, soos hieronder[26] sal blyk, meen ek dat dit selfs van hulp kan wees in die soeke na die norm vir die verrekening van voordele. Desnieteenstaande moet dit onomwonde gestel word dat enigiemand wat meen om die voordeeltoerekeningsprobleem met die gemelde bewysregreël op te los, fouteer. Om daardie reël te kwalifiseer soos appèlregter Trollip doen, voer die kwessie ook geensins verder nie want sodoende vervang hy net die een vraag (te wete: moet verrekening plaasvind?) met 'n verdere vraag (te wete: het getuienis oor die tersaaklike voordeel "any legal operation material to the subject of enquiry"?) – 'n vraag wat ewe moeilik is om te beantwoord as die eerste vraag. Die res inter alios acta-reël kan ons met die beantwoording van die voordeeltoerekeningsvraag hoegenaamd nie help nie en moet dus liefs met rus gelaat word.[27]

Die ander grondslag waarop appèlregter Trollip met die voordeeltoerekeningsvraag meen klaar te speel, is deur dit te stel dat die voortgesette besoldiging meebring dat Byleveldt geen skade gely het nie. Hier tref ons weer die sommeskadebenadering aan waarna al vroeër verwys is en waarop

---

Sy argument is dat die voortgesette besoldiging genadebrood was wat aan Byleveldt toegeval het vanweë die garage se "voorbeeldige barmhartigheid" (167H) en dat dit Santam gevolglik nie aangaan nie.

[26]Kyk afd 5 infra.

[27]In *HK Outfitters v Legal & General Assurance Society* 1975 1 SA 55 (T) 63H stel r Botha die res inter alios acta-reël duidelik in perspektief waar hy sê: "It is clear, however, in my view, that the maxim does not postulate any precise or definable legal doctrine, rule or principle (cf Byleveldt's case, supra, per Rumpff JA, at p 151F, and per Trollip JA, at p 172C–H). *At best it can serve as a kind of ex post facto rationalisation* of a finding that a particular extraneous source of recoupment is to be regarded as legally irrelevant to the plaintiff's claim for damages against the defendant" (ek beklemtoon).

hieronder[28] dieper ingegaan word.

Toe die meerderheidsuitspraak in die *Santam Versekeringsmaatskappy*-saak hierbo bespreek is, is gesê dat die bestaan al dan nie van 'n formele kontrak ingevolge waarvan die garage aan Byleveldt na sy besering 'n salaris betaal het vir sy gebrekkige dienste, volgens die meerderheid irrelevant is aangesien 'n dergelike kontrak (as daar een is) en/of besoldiging onomstootlik deur 'n barmhartigheidsoogmerk gedra word. In 'n hele reeks vorige uitsprake, waarvan *Bosch v Parity Insurance Co* 1964 2 SA 449 (W) 452 ev, *Morris v African Guarantee & Indemnity Co* supra 750G 751C en *May v Parity Insurance Co* 1967 1 SA 644 (D) 647B voorbeelde is, het ons howe beslis dat geen voordeeltoerekening moet plaasvind waar die besoldiging van 'n beseerde werknemer tydens sy arbeidsongeskiktheid voortgesit word nie, ongeag die feit dat die beseerde werknemer in daardie sake telkens uit hoofde van kontrak op sodanige voortbetaling geregtig was.

Die bogenoemde meerderheidsbenadering in die *Santam Versekeringsmaatskappy*-saak raak nie die gemelde reeks uitsprake van provinsiale afdelings nie. Appèlregter Trollip se poging om die laasgenoemde reeks uitsprake van die *Santam Versekeringsmaatskappy*-saak te onderskei op grond daarvan dat die voordele in die een groep gevalle uit oorspronklike dienskontrakte ontspring het en nie uit 'n latere dienskontrak soos in die *Santam Versekeringsmaatskappy*-saak die geval was nie (171A–D), oortuig allermins. Die beseerde was òf geregtig op die tersake voordeel òf hy was nie. En as hy daarop geregtig was, bring dit nog nie noodwendig mee dat voordeeltoerekening moet plaasvind nie.

Benewens die rede van vrygewigheid aangedui in die uitspraak van hoofregter Rumpff in die *Santam Versekeringsmaatskappy*-saak (154F–G), kan etlike ander redes genoem word vir die besluit dat geen voordeeltoerekening moet plaasvind nie al was die beseerde ook geregtig op die betrokke voordeel. By die bespreking van die *Major*-saak[29] is reeds gesê dat so 'n voordeel deur die beseerde werknemer se voorafgaande dienslewering as't ware verdien of gekoop kan wees. In sodanige gevalle sal meestal aangevoer kan word dat die werknemer juis bereid was om op sy spesifieke diensvoorwaardes ooreen te kom omdat die sekuriteit van voortgesette besoldiging in geval van sy arbeidsongeskiktheid een van die byvoordele was.

Vrygewigheid van die werkgewer en die gevalle van bedonge en/of verdiende byvoordele is egter nie die enigste oorwegings wat in verband met voortgesette besoldiging ter sprake kan kom nie. 'n Werkgewer mag goeie bedryfspolitieke redes vir 'n dergelike voortgesette besoldiging hê. Teenoor die beseerde werknemer en sy afhanklikes en teenoor ander bestaande en moontlike werknemers van hom sal dit 'n baie swak beleid wees om beseerde werknemers tydens hulle tydelike arbeidsongeskiktheid of verminderde arbeidsgeskiktheid in die steek te laat. Ook van voortgesette besoldiging op grond van dergelike oorwegings kan onomwonde gesê word dat die werkgewer beslis nie met sy betaling beoog om die dader wat vir

---

[28]Kyk afd 4 1 infra.
[29]Kyk by vn 16–17 supra.

die werknemer se besering verantwoordelik is enigsins van sy aanspreeklikheid te verlos nie. Dienooreenkomstig behoort ook dergelike voordele nie vir verrekening in aanmerking te kom nie.

Ofskoon in die voorgaande bespreking slegs na die besoldiging van 'n beseerde werknemer verwys is, spreek dit seker vanself dat dieselfde gesê kan word waar die betrokke voordeel in 'n ander vorm gegiet word. So kan die beseerde se mediese en hospitaalonkoste byvoorbeeld gedra word deur 'n fonds wat deur die werkgewer daargestel en selfs geheel of gedeeltelik in stand gehou word. So 'n geval was *Mills v Church* 1935 GWL 24.[30] Waar dergelike voordele as 'n vorm van versekering beskou kan word, kom dit hieronder in afdeling 3 6 weer ter sprake.

3 1 2 *Vrygewige derdes*

Na die uiteensetting in die vorige afdelings kan nou seker as gegewe aanvaar word dat voordele wat aan 'n benadeelde toegeval het uit hoofde van 'n derde se vrygewigheid nie vir verrekening teen die benadeelde se skadevergoedingseis in aanmerking kom nie. Hierdie tipe geval het hom reeds in ons regspraak voorgedoen waar nie van 'n werkgewer-werknemerverhouding sprake was nie.

In *Klingman v Lowell* 1913 WLD 186 het die beseerde Klingman vir etlike maande lank na sy besering gratis by sy ouers ingewoon. Voor sy besering het hy elders geloseer teen betaling. Sonder om te weet of Klingman nie dalk tydens die gratis verblyf by sy ouers tog moes voortgaan om by sy ou loseerplek losies te betaal nie, beslis die Witwatersrandse hof dat die voordeel van sy gratis verblyf nie teen sy skadevergoedingseis verreken moet word nie.[31] Die oorwegings waarop regter Curlewis vir die bereiking van hierdie slotsom gesteun het, is nie heeltemal duidelik nie. Enersyds lyk dit of hy 'n tipe analogie wil soek in die posisie van 'n begunstigde ingevolge 'n skadeversekeringskontrak. Andersyds maak hy van die voordeeltoerekeningsvraag 'n behorenskwessie – 'n normatiewe vraag, dus (187).

Die voorbeeld wat ons ten aanvang gestel het, val ook in hierdie groep. Die voordeel wat die beseerde nefie van sy vrygewige en minsame tante ontvang het, bly dus buite beskouing in die skadevergoedingsgeding tussen die nefie en B wat hom omgery het.[32]

---

[30]Luidens die mededeling in 52 ALR 2d 1451 geld dieselfde reël in die Amerikaanse reg. Geen verrekening van dergelike voordele vind dus plaas nie. In die Engelse reg, daarenteen, is die reël in die onderhawige soort gevalle dat die helfte van sekere spesifieke voordele wat binne vyf jaar na die gewraakte gebeure na aanleiding van sekere persoonlike beserings uitbetaal word, wel verreken word (kyk Halsbury 4e uitg bd 12 par 1152).

[31]Dieselfde geld vir die meeste Amerikaanse howe wat dit op praktiese oorwegings fundeer; kyk bv 18 ALR 2d 659.

[32]In die Amerikaanse regspraak word skynbaar uiteenlopende antwoorde gegee op die vraag of die voordeel van gratis verpleging van 'n beseerde teen sy skadevergoedingseis teen die dader in verrekening gebring moet word of nie. In sommige sake word voordeeltoerekening afgewys (90 ALR 2d 1325) maar in ander nie (90 ALR 2d 1327). Waar 'n man sy beseerde vrou se verpleging self waarneem laat sommige howe verrekening toe en ander nie, terwyl verrekening skynbaar wel plaasvind waar 'n vrou haar beseerde man verpleeg (90 ALR 2d 1330–1334). Waar 'n ouer of familielid sy kind versorg, vind voordeeltoerekening egter nie plaas nie (90 ALR 2d 1334 ev). Kyk ook 1963–64 *Harv LR* 741 746 ev.

3 2 Gevalle waar afhanklikes sekere begunstigings vervroegd ontvang

Die enkele groep wat in sekere gevalle bloot finansieel gesproke die meeste kan baat by 'n onverwags vroeë afsterwe van iemand anders, is sekerlik daardie oorledene se afhanklikes. Dit spreek eintlik vanself dat die vervroegde ontvangs van die begunstigings uit die oorledene se boedel as 'n voordeel beskou moet word wat deur die broodwinner se vroeë dood vir sy afhanklikes ontstaan. Moet daardie voordeel nou in berekening gebring word wanneer sodanige afhanklikes vir hulle onderhoudsverlies skadevergoeding van die verantwoordelike dader eis?

Sedert *Hulley v Cox* 1923 AD 234 243–245 word nie daaraan getwyfel nie (kyk bv *Maasberg v Hunt Leuchars & Hepburn Ltd* 1944 WLD 2 11–12 en *Milns v Protea Assurance Co* 1978 3 SA 1006 (K) 1011B) dat die voordeel van so 'n vervroegde ontvangs van begunstigings wel verreken moet word teen die betrokke afhanklikes se eise. In daardie uitsprake word voorts aan die hand gedoen dat die toekomstige premiebesparing op versekering wat op die broodwinner se lewe afgesluit is, of die rente wat vir die betrokke periode op die vroeër ontvangde geld verdien kan word, gebruik kan word om die omvang van die ontvange voordeel te bepaal. 'n Interessante besonderheid is dat dit in hierdie gevalle skynbaar irrelevant is of die betrokke afhanklike enigsins geregtig was op die begunstiging wat hy as gevolg van sy broodwinner se voortydige dood vervroegd ontvang het of nie. Hierby moet ook die uitsprake vermeld word waarin beslis is dat die opbrengs van versekeringskontrakte wat as gevolg van 'n broodwinner se voortydige dood vervroegd aan sy begunstigdes (vir sover hulle sy afhanklike(s) is) uitgekeer word, teen sodanige afhanklikes se eis op grond van onderhoudsverlies verreken moet word.[33]

Dat dit ook by die toepassing van die voordeeltoerekeningsreël op afhanklikes se eise nie altyd logies daaraan toegaan nie, blyk duidelik uit die regspraak in verband met sekere ander faktore wat teen sodanige eise op grond van onderhoudsverlies verreken word of nie word nie. So word 'n weduwee-afhanklike se vooruitsigte om weer te trou en sodoende 'n ander broodwinner te verkry,[34] en die feit dat afhanklikes wat 'n pensioen- of versekeringsopbrengs ontvang dit ontvang sonder dat verdere bydraes of premiebetalings geskied,[35] wel verreken. Hierteenoor word 'n weduwee-afhanklike se eie verdienvermoë nie in voordeeltoerekening gebring nie.[36] Dit is goed begryplik dat 'n weduwee wat nie tydens haar man se lewe moes bydra tot haar eie onderhoud nie, nie na sy dood, ten voordele van die dader

---

[33]Kyk bv *Legal Insurance Co v Botes* 1963 1 SA 608 (A) 620E ev en *Groenewald v Snyders* 1966 3 SA 237 (A) 247A, maar sien die Wet op die Berekening van Skadevergoeding 9 van 1969 in afd 3 6 2 infra.

[34]Kyk bv *Legal Insurance Co v Botes* supra 617D ev; *Ongevallekommissaris v Santam Versekeringsmaatskappy* 1965 2 SA 193 (T) 205H ev en *Peri-urban Areas Health Board v Munarin* 1965 3 SA 367 (A) 376D.

[35]Kyk bv *Snyders v Groenewald* 1966 3 SA 785 (K) 789A (mbt pensioenbydraes) en *Groenewald v Snyders* 1966 3 SA 237 (A) 244F (mbt premiebetalings).

[36]Kyk bv *Ongevallekommissaris v Santam Versekeringsmaatskappy* supra 205H ev. Alles wat die oorlede broodwinner tot by sy dood verdien het, uit watter bron ook al, moet egter in ag geneem word by die bepaling van sy vermoë om onderhoud te gee; kyk bv 81 ALR 2d 950–951.

wat vir sy dood verantwoordelik is, deur middel van voordeeltoerekening gedwing moet word om haarself te onderhou nie. Hoe en waarom 'n onkwantifiseerbare "voordeel" soos die moontlike verkryging van 'n ander broodwinner deur hertroue (hoe kapitaalkragtig gaan hy byvoorbeeld wees?) egter verreken kan word, val nie in te sien nie.

Wat waarskynlik wel met betrekking tot afhanklikes se aksie op grond van die dood van hulle broodwinner gesê kan word, is dat dit 'n aksie is waarmee beoog word om die afhanklike te vergoed vir die onderhoud wat hy inderdaad benodig en wat sy broodwinner voorheen vir hom kon gegee het.[37] Aangesien onderhoudsaansprake berus op die balans tussen die werklike behoefte van die afhanklike en die vermoë van die onderhoudspligtige,[38] kan 'n mens verwag dat enigiets wat die afhanklike se behoefte aan onderhoud op 'n kwantifiseerbare wyse verminder, ook die skadevergoeding wat hy van die verantwoordelike dader eis (en wat bedoel is om die dinamiese balans wat daar voorheen tussen die behoefte aan onderhoud en die vermoë om onderhoud te gee bestaan het, weer met 'n ekwivalent te simuleer) behoort te verminder. Kyk egter na die wetgewer se ingreep op hierdie terrein met die Wet op die Berekening van Skadevergoeding 9 van 1969, wat hieronder in afdeling 3 6 2 weergegee word.

3 3 Gevalle waar 'n wrak nog waarde het

Om die waarde van 'n verrinneweerde saak vas te stel is 'n onmisbare stap in die bepaling van die skade wat gely is deur sodanige aantasting van die saak. Die ander en ewe onmisbare stap is om die waarde van die saak voor die verrinnewering daarvan vas te stel. Die verskil tussen daardie twee waardes is dan die skade wat deur die verrinnewering veroorsaak is.[39]

Normaalweg is die waarde van die wrak na plaasvind van die gewraakte gebeurtenis dus van belang vir die skadevasstelling, maar wat moet van die wrak self word? Kan (of moet) die benadeelde die wrak hou, of koop die skadevergoedingspligtige as't ware die wrak wanneer hy skadevergoeding presteer? Dit lyk vir my logies dat die resterende waarde van 'n wrak ten volle in verrekening gebring moet word teen die skadevergoeding waartoe die dader gelas word. In *Pretoria Light Aircraft Co v Midland Aviation Co* 1950 2 SA 656 (N) (waar die onderdele van 'n vliegtuig aan die Midland Aviation Co gegee is om dit vir die eiser aanmekaar te sit en dit toe in 'n brand so beskadig is dat dit nie meer aanmekaargesit kon word nie) het die Natalse hof beslis dat die oorblywende wrakdele nie deur die eiser ontvang hoef te word nie en dat die waarde daarvan nie teen sy skadevergoedingseis verreken moet word nie (663). Waarnemende regter Caney baseer sy uitspraak op die eiser se aanspraak op die behoorlike nakoming van die kontrak wat hy met die verweerder gehad het. Die bestaan van daardie kontrak-

---

[37]Kyk bv *Legal Insurance Co v Botes* supra 614; *Ongevallekommissaris v Santam Versekeringsmaatskappy* supra 205H.

[38]Kyk *Legal Insurance Co v Botes* supra 614 en die gesag daar aangehaal.

[39]Kyk bv *Scrooby v Engelbrecht* 1940 TPD 100 102 ev; *Enslin v Meyer* 1960 4 SA 520 (T) 522–3; *Wijtenburg Holdings (Flaming Dry Cleaners) v Bobroff* 1970 4 SA 197 (T) 205C–D; *Albertus v Jacobs* 1975 3 SA 836 (W) 837D; *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* 1973 2 SA 146 (A) 150B.

tuele aanspraak moet derhalwe as die rede vir die afwysing van voordeeltoerekening in daardie geval beskou word.

3 4 Gevalle waar die skuldoorsaak kontrakbreuk is

'n Tipe feitestel wat onder hierdie opskrif geplaas kan word, is die geval waar 'n verkoper die koopsaak wat reeds deur hom verkoop is, na die eerste koper se kontrakbreuk en sy eie terugtrede, teen dieselfde of 'n beter prys aan 'n verdere koper verkoop en nou van die eerste (ontroue) koper skadevergoeding eis. Kan daardie verweerder nou op verrekening van die voordeel van die gunstige verdere verkoping teen die skadevergoedingsaanspraak aandring?

In die soortgelyke saak van *Hunter v Schapiro* 1955 3 SA 28 (D) (waar die verkoper van 'n perseel nie betyds aan die koper okkupasie gegee het nie en laasgenoemde 'n huurkontrak met 'n derde ten opsigte van daardie perseel nie kon nakom nie as gevolg waarvan die huurder teruggetree het en die koper (verhuurder) die perseel toe teen 'n wins verder verkoop het) het die Durbanse hof geweier om verrekening van die voordeel van die gunstige verdere verkoping toe te laat. Geen redes vir daardie beslissing word aangegee nie en ofskoon die resultaat 'n mens se billikheidsgevoel miskien bevredig, kan nie ontken word dat regsekerheid beter gedien word waar die norm aan die hand waarvan 'n beslissing bereik word, duidelik aangedui word nie.

'n Ander tipe geval in verband met die kontrakbreuk van een party en die gevolglike terugtrede van die ander party is dié waar laasgenoemde nog nie gepresteer het of hom in die posisie geplaas het om te presteer nie. Dit het dan tot gevolg dat die terugtredende party nie meer enige koste hoef aan te gaan om sy deel van die gewese kontrak na te kom nie. Wanneer 'n skadevergoedingseis nou op die kontrakbreuk en terugtrede volg, is die vraag of die kontrakbreker daarop kan aandring dat daardie bespaarde uitgawes teen die skadevergoedingsaanspraak verreken word.

In twee uitsprake van die Natalse hof, te wete *Vahl en Sanders v Mfinyeli* 1915 NPD 149 159 ev en *Goolam v Comrie* 1925 NPD 103, is onder andere[40] beslis dat in sodanige gevalle slegs die verskil tussen die kontrakprys en die uitgawes wat ter nakoming van die eiser se prestasieplig aangegaan sou moes geword het, as skadevergoeding verhaal kan word. Die voordeel van die bespaarde uitgawes word dus wel verreken. Anders gestel, die eiser se

---

[40] *Vahl & Sanders v Mfinyeli* supra 160 bevat ook belangrike uitsprake oor 'n eiser se plig om sy skade te beperk. Oor die skadebeperkingsplig handel hierdie ondersoek nie. Ander sake hieroor wat sydelings raakgelees is, is: *Denny v SA Loan, Mortgage & Mercantile Agency* 3 EDC 47 59; *Hunt v Eastern Province Boating Co* 3 EDC 12 23; *Byron v Cape Sundays River Settlements Ltd* 1923 EDL 117 139; *Farrington v Arkin* 1921 CPD 286 290; *Bulmer v Woollens* 1926 CPD 459 468; *Myers v Abramson* 1952 3 SA 121 (C) 127 (die voorgaande almal mbt dienskontrakte); *Versfeld v SA Citrus Farms* 1930 AD 452 454 460; *Dykes v Gavanne Investments* 1962 1 SA 16 (T) 18 (albei mbt ander kontrakte); *Hazis v Transvaal and Delagoa Bay Investment Co* 1938 AD 372 388; *Hunt v Eastern Province Boating Co* supra 24; *Lampakis v Dimitri* 1937 TPD 138 143; *Dykes v Gavanne Investments* supra 18 (mbt die bewyslas); *G & M Builders Supplies v SAR & H* 1942 TPD 120 121 (mbt goedkoop eie herstelwerk). Oor die skadebeperkingsplig handel ook 47 ALR 3d 236.

skadevergoedingsaanspraak bly beperk tot die wins wat hy uit die kontrak sou gemaak het. Ook hierdie resultaat lyk billik.

Die oplossings wat gegee is vir die voorgaande twee tipes situasie wat na kontrakbreuk kan ontstaan, het, elkeen afsonderlik beskou, nie teen die regsgevoel ingedruis nie. Indien daardie gevalle egter langs mekaar geplaas word, is daar geen voor-die-hand-liggende rede vir die uiteenlopende antwoorde wat in die twee soorte gevalle op die voordeeltoerekeningsvraag gegee word nie. In die laasgemelde geval word aan die eiser sy wins op die gebreekte kontrak toegelaat, terwyl hy in die eersgemelde geval die kontrakprys uit hoofde van die gebreekte kontrak (waarby 'n bedrag as sy wins uiteraard reeds ingesluit was) en sy wins uit die verdere verkoping verkry! Is die norm nou dat die voordeeltoerekeningsprobleem altyd so opgelos moet word dat die eiser nie sy wins inboet nie?

3 5 Gevalle waar 'n beseerde tydens sy arbeidsongeskiktheid geen inkomstebelasting betaal nie

Dit kan gebeur dat 'n arbeidsongeskikte beseerde persoon vir 'n tyd lank geen belasbare inkomste het nie en dus geen inkomstebelasting betaal nie. Wanneer die beseerde nou vergoeding van sy verlies aan verdienste van die verantwoordelike dader eis, is die vraag of die dader kan opwerp dat die beseerde eintlik tydens sy arbeidsongeskiktheid ten bedrae van sy normale inkomstebelastingaanspreeklikheid beter daaraan toe is as voor sy besering, en of die dader kan verg dat sy skadevergoedingseis dus met die bedrag van die beseerde se normale belastingpligtigheid verminder moet word.

In so 'n tipe geval, te wete *Pitt v Economic Insurance Co* 1957 3 SA 284 (D) 287A ev, beslis die Durbanse hof dat die voordeel dat die eiser vir 'n tydperk geen inkomstebelasting betaal het nie, ofskoon hy wel geld van sy werkgewer (waarop hy nie geregtig was nie) uit vrygewigheid ontvang het, wel teen sy skadevergoedingseis verreken moet word. Vir hierdie uitspraak steun die hof op die Engelse hofsaak *British Transport Commission v Gourley* 1956 AC 185, 1955 3 All ER 796.[41] Die appèlafdeling het in *Whitfield v Phillips* 1957 3 SA 318 (A) 345D–E by monde van appèlregters Steyn en Brink twyfel uitgespreek oor die korrektheid van die pasgemelde beslissing van die house of lords, maar het die vraag oor die verrekenbaarheid van belastingbesparings oopgelaat.

Indien 'n mens logies redeneer, is daar natuurlik geen rede waarom 'n dergelike belastingbesparing nie verreken moet word nie. Die implikasie daarvan is egter dat die beseerde, terwyl hy om 'n spesifieke belastingpolitieke rede nie deur die staat belas word nie, tog die bedrag wat hy andersins aan belasting sou moes betaal het aan die dader moet prysgee. Dat hierdie gevolg nie met die doel van die staat met die betrokke belastingverligting te rym is nie, val nie te betwyfel nie.

3 6 Gevalle waar 'n versekeraar reeds ingevolge 'n versekeringskontrak

[41]In die meeste state in Amerika word belastingbesparing skynbaar buite beskouing gelaat; kyk 1963–64 *Harv LR* 741 747.

aan die benadeelde gepresteer het wanneer laasgenoemde skadevergoeding van die dader eis

3 6 1 *Skadeversekering*

Die Suid-Afrikaanse locus classicus oor hierdie tipe gevalle is die uitspraak in *McKenzie v SA Taxi Cab* 1910 WLD 232. Omdat daarin egter sonder enige omhaal van woorde op die Engelse regspraak teruggeval word, kom dit sinvol voor om heel voor te begin.

Die verhaal begin skynbaar by lord chancellor Hardwicke se uitspraak in *Randal v Cockran* (1748) 1 Ves Sen 99 (27 ER 916). Hy stel dit daar baie duidelik dat 'n versekeraar wat gepresteer het daarna in die versekerde se plek te staan kom. Daarom is die versekerde wat, nadat hy deur sy versekeraar skadeloos gestel is, nog iets van die dader verhaal, in die posisie van 'n trustee teenoor die versekeraar vir dit wat hy sodanig verhaal. In *Mason v Sainsbury* (1782) 3 Dougl 61 (99 ER 538) word dienooreenkomstig beslis dat 'n versekeraar wat sy versekerde skadeloos gestel het, in daardie versekerde se plek tree en ook in laasgenoemde se naam teen die dader kan ageer ten einde hulle eie fondse weer aan te vul. Hierdie twee uitsprake vind sodanige navolging (bv in *Clark v Blything* (1823) 2 B & C 254 (107 ER 378)) dat regter Park (saam met regters Vaughn en Bosanquet) in *Yates v Whyte* (1838) 4 Bing NC 272 (132 ER 793) dit al as geykte reg kan bestempel dat 'n versekeraar wat sy versekerde skadeloos gestel het, daarna teen daardie versekerde kan ageer om enigiets wat laasgenoemde verder van die dader verhaal het, van hom op te vorder. *Yates v Whyte* supra word weer gevolg toe baronne Bramwell, Pigott en Amphlett eenparig hulle uitspraak in *Bradburn v Great Western Rail Co* 1874–80 All ER 195 (LR 10 Ex 1; 44 LJ Ex 9; 31 LT 464; 23 WR 48) gee. Bradburn was een van die passasiers wat beseer is toe die verweerder se trein 'n pletterstop uitgevoer het. Op grond van 'n skadeversekeringskontrak is daar toe 'n bedrag aan Bradburn uitgekeer. Daarna spreek hy die verweerder vir skadevergoeding aan en die vraag ontstaan of die versekeringsopbrengs nie teen sy skadevergoedingsaanspraak verreken moet word nie. Uitgaande van die vorige uitspraak in *Yates v Whyte* supra beslis die hof dat geen voordeeltoerekening moet plaasvind nie. Hulle grond die beslissing kortweg daarop dat Bradburn die moeite en onkoste bestee het om hom teen 'n dergelike gevaar te verseker en gevolglik is dit niks meer as reg dat hy die polisopbrengs en sy skadevergoedingseis onverminderd ontvang nie (196H–I).

Uit die voormelde regspraak blyk die volgende reëls:[42] (1) Die versekerde mag sy versekeringsopbrengs en skadevergoeding kumuleer (die kumulasiereël); (2) die versekerde wat deur sy versekeraar skadeloos gestel is, kom teenoor hom in 'n trusteeposisie te staan met betrekking tot enige verdere bedrag wat hy van die dader verhaal (die nie-verrykingsreël); (3) die versekeraar kan self, in die naam van die versekerde, teen die dader ageer (die regresreël). Uiteraard hou veral die nie-verrykingsreël en die regresreël nou verband, met as gevolg dat die versekerde nie meer ontvang as vergoeding van sy skade nie en dat die dader nie deur die versekeraar se prestasie begunstig word nie.

---

[42]Kyk bv ook na 1963–64 *Harv LR* 741 742; 18 ALR 686; 95 ALR 579; J Fleming *International Encyclopedia of Comparative Law* bd XI "Torts" hfst 11 sv "Collateral Benefits."

In *McKenzie v SA Taxi Cab* supra moes regter Bristowe daaroor beslis of McKenzie, wat beseer is toe hy deur een van verweerder se taxi's omgery is, maar wie se mediese en hospitaalonkoste reeds betaal is ingevolge 'n mediese skema waartoe McKenzie bygedra het, se skadevergoedingsaanspraak deur die prestasie van die mediese skema verminder word. Die hof beslis sonder meer, op gesag van die *Bradburn*-saak supra, dat geen voordeeltoerekening moet plaasvind nie (234). Die kumulasiereël is dus toegepas. Ofskoon daar reeds in 1898 in *Weber v The Africander GM Co* (1898) 5 OR 251 255–256 by wyse van argument verwys is na hierdie reël, is dit eers in die *McKenzie*-saak supra so duidelik gestel.

Die Vrystaatse hof volg die aangeduide koers met sy beslissing in *Ackerman v Loubser* 1918 OPD 31. Loubser se hond het teen Ackerman se motor vasgehardloop en dit beskadig. Die herstelkoste aan die motor is deur Ackerman se versekeraar betaal. Toe Ackerman daarna die volle skadevergoeding van Loubser eis, ontstaan die vraag of voordeeltoerekening nie moet plaasvind nie. Die hof beslis van nee, en wel omdat die versekeraar presteer het ter nakoming van sy kontrak met Ackerman (33) en daardie kontrak res inter alios acta was wat Loubser betref (36). Desnieteenstaande vind geen dubbele vergoeding van Ackerman plaas nie omdat hy, vir sover hy meer ontvang as wat nodig is om sy skade te vergoed, ontvang as trustee van die versekeraar wat teenoor hom gepresteer het (36). Anders kan die versekeraar deur subrogasie in eie naam (34–35) of as sessionaris in Ackerman se naam (35–36) teen Loubser ageer. Loubser sal dus slegs een keer hoef te betaal, terwyl Ackerman net een keer vergoed word (36) en die versekeraar sy regres kan uitoefen.

Al drie die reeds gestelde reëls, naamlik die van kumulasie, nie-verryking en regres is in die *Ackerman*-saak supra toegepas. Tog lyk dit of regter Ward meen dat hy tot 'n ander bevinding sou gekom het indien dit geblyk het dat die versekeraar sy prestasie verrig het met die doel om Loubser se aanspreeklikheid vir skadevergoeding te verminder – selfs al het Ackerman nie daarvan geweet of dit goedgekeur nie. Met die oog op die verdere bespreking is dit belangrik dat daar, benewens en/of afgesien van die nou reeds geykte reëls, na *die bedoeling van die bewerker van die voordeel met daardie voordeel* gevra kan word.

Die Transvaalse hof pas die kumulasiereël toe in die volle besef dat dit dubbele vergoeding kan bewerkstellig, in *Van der Westhuizen v Du Preez* 1928 TPD 45. Dit was 'n geval waar die beseerde Van der Westhuizen uit 'n siekefonds, waaraan hy ingevolge sy diensvoorwaardes moes behoort en waartoe hy moes bydra, 'n gedeelte van sy besoldiging en sy mediese en hospitaalonkostes ontvang het. Uitgaande van die *McKenzie-*, *Bradburn-*, *Klingman-* en *Ackerman*-saak supra en die argument dat hy slegs ontvang het waarvoor hy bygedra het, weier regter Greenberg om daardie voordele teen Van der Westhuizen se eis op grond van sy verlies aan verdienste te verreken.

In *Chi v Lodi* 1949 2 SA 507 (T) kry regter Neser en waarnemende regter Lucas in Transvaal die geleentheid om die regsresreël in enigsins nuwe omstandighede te herbevestig. Chi het skade gely toe Lodi se motor van agter teen syne gebots en dit teen 'n bus vasgestamp het. Chi se ver-

sekeraar het aan hom gepresteer en nou eis die versekeraar in Chi se naam, sonder duidelike bewys van sessie, vergoeding van Lodi. Die hof beslis dat dit in orde is vir die versekeraar wat aan Chi ingevolge hulle versekeringskontrak uitbetaal het, om sonder meer in Chi se naam teen Lodi te ageer (510–511). Ofskoon regter Neser nie na subrogasie verwys nie, is dit kennelik wat hier toegepas is.

Die belangrikheid van die bedoeling waarmee 'n betaling gemaak is, is reeds hierbo by die bespreking van die *Ackerman*-saak aangemerk. Hierdie faktor is later in *Teper v McGees Motors* 1956 1 SA 738 (K) duidelik as deel van die ratio decidendi gestel. Teper het sy motor by McGee se garage geberg, waar die motor beskadig is. Teper se versekeraar laat die motor toe herstel – ironies genoeg, by McGee se garage. Daarna stel Teper 'n skadevergoedingsaksie teen die garage in en in die landdroshof word absolusie van die instansie gegee. Hierteen word nou geappelleer. Voor regter Ogilvie Thompson word betoog dat geen getuienis oor die prestasie van die versekeraar gelewer mag word nie omdat dit res inter alios acta sou wees. Hy beslis dat daardie reël nie algemeen toepaslik is nie (742D) en wys daarop dat getuienis met betrekking tot die versekeraar se prestasie dalk tog relevant kan wees om te bepaal met watter bedoeling daardie prestasie gelewer is (742B). Gevolglik beslis die hof dat geen voordeeltoerekening plaasvind nie, en dat volledige vergoeding van Teper se skade moet plaasvind maar dat dit impliseer dat hy nie deur middel van die skadevergoedingstoekenning verryk mag word nie. Die kumulasie- en nie-verrykingsreëls is dus toegepas, terwyl klem gelê is op die bedoeling waarmee daar gepresteer is.

In ooreenstemming met die voorgaande uitsprake beslis die Vrystaatse hof in *Van Dyk v Cordier* 1965 3 SA 723 (O). Na 'n botsing waarin Van Dyk se motor beskadig is, gelas sy versekeraar hom om die herstelwerk te laat doen vir die versekeraar se rekening. Toe Van Dyk daarna skadevergoeding van Cordier eis sonder om te bewys dat hy sessie van die versekeraar se aksie (vir wie se voordeel hy in der waarheid eis) verkry het, word sy eis van die hand gewys. Hierteen gaan Van Dyk in hoër beroep voor regters De Villiers en Hofmeyr, waar hy sukses behaal (725A). Vir die bereiking van hierdie slotsom steun die hof op die regresreël, die res inter alios actagedagte en – veral – op die feit dat Cordier nie aangevoer of bewys het dat die versekeraar, toe hy vir die herstelwerk aan Van Dyk se motor betaal het, dit gedoen het met die bedoeling[43] om aan Cordier se aanspreeklikheid teenoor Van Dyk te voldoen nie (725B).

3 6 2 *Sosiale versekering*

Soos verwag kan word, figureer die verskillende vorms van sosiale versekering in die moderne Westerse versorgingstate baie prominent op die terrein van die voordeeltoerekeningsproblematiek.[44] In ons reg, wat in hierdie verband nog nie so ver gevorder het as wat miskien elders die geval

[43]Die bedoeling is ook beklemtoon in *Mills v Church* 1935 GWL 24 29–30.

[44]Kyk bv na 18 ALR 686; 175 ALR 728; 48 ALR 2d 1285; 75 ALR 2d 885; 84 ALR 2d 1110; 4 ALR 3d 535; 77 ALR 3d 366. Verder ook 1978 10 JuS 649 656; 1949–50 *Harv LR* 330 ev; 1963–64 *Harv LR* 741 743; Bloembergen 351 ev; *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* supra 150H.

is nie, is daar relatief min gegewens hieroor. Sover ek kon vasstel word daar slegs in enkele gevalle deur die Suid-Afrikaanse wetgewer reëlings getref wat die voordeeltoerekeningsvraag raak.

Dit is goed bekend dat werkslui wat beseer word in die omstandighede wat deur die Ongevallewet 30 van 1941 omlyn is, op 'n bedrag skadeloosstelling ('n tegniese uitdrukking in die wet) van die ongevallekommissaris geregtig is. Indien die beseerde daarbenewens nog skadevergoeding van die dader eis, word laasgenoemde eis beperk tot die verskil tussen sy volle skadevergoedingsaanspraak en die bedrag skadeloosstelling wat hy van die ongevallekommissaris ontvang het.[45] Dit is duidelik dat die kumulasie- en nie-verrykingsreëls die agtergrond vir hierdie reëling vorm.

Voorts het die wetgewer dit goedgedink om aan die ongevallekommissaris 'n regresaanspraak teen die dader of sy versekeraar te gee vir sover hy die beseerde skadeloos gestel het.[46] Hier is die regresreël dus gestel.

Die enigste ander wet waarin die wetgewer voordeeltoerekeningsvrae wou opklaar, is die Wet op die Berekening van Skadevergoeding 9 van 1969, waarin die posisie van afhanklikes wat skadevergoeding eis op grond van die dood van hulle broodwinner verbeter is. In artikel 1 van daardie wet word naamlik bepaal dat geen voordeeltoerekening in dergelike gevalle sal geskied ten opsigte van enige versekeringsopbrengs (wat 'n terugbetaling van premies en rente daarop insluit), pensioen (wat 'n terugbetaling van bydraes en rente daarop, asook enige gratifikasie of ander enkelbedragvoordeel uit hoofde van die oorledene se diens insluit) of voordeel wat deur 'n onderlinge hulpvereniging of 'n vakvereniging vir die onderhoud van 'n lid se afhanklikes uitbetaal word nie.

Vir hierdie ingreep van die wetgewer bestaan daar na my mening geen logiese grond nie. Wanneer 'n mens egter lees wat die destydse adjunkminister van justisie daaroor meegedeel het tydens die tweede lesing-debat in die volksraad (1969 25 *Hansard* van 17 Februarie 1969 kolom 860–861), is dit duidelik dat die wetgewer 'n situasie wat as onbillik aangevoel is, wou teëgaan. Met hierdie motivering is daar, die vaagheid daarvan ten spyt, in verband met die voordeeltoerekeningsvraag nie fout te vind nie.

Die ander probleme rakende voordeeltoerekening in gevalle waar skadevergoedingseise ingestel word benewens die feit dat sosiale voordele ontvang is of staan te word, is in ons reg nie spesifiek gereël nie en regspraak daaroor is skaars. Dit beteken waarskynlik dat in gevalle waar van werkloosheidsversekeringsvoordele of ander pensioenvoordele sprake is, die algemene reëls behoort te geld. Verrekening van dergelike voordele sal dus na

---

[45]Kyk a 8(1)(a) Wet 30 van 1941, asook *Bonheim v South British Insurance Co* 1962 3 SA 259 (A) 265A–268A.

[46]A 8(1)(b) Wet 30 van 1941. Kyk bv hoe dit in verskillende situasies toegepas is in die *Bonheim*-saak supra; *Maasberg v Springs Mines* 1944 TPD 1 8 ev; *Scheepers v African Guarantee & Indemnity Co* 1962 3 SA 657 (E) 659 ev; *Botha v Miodownik* 1966 3 SA 82 (W) 88 ev. In a 14 Motorvoertuigassuransiewet 29 van 1942 en a 28 Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering 56 van 1972 word ook aan versekeraars 'n regresaanspraak gegee.

alle waarskynlikheid nie plaasvind nie.[47] Nietemin is dit opvallend dat nie in enige van die wette oor die gemelde voordele voorsiening gemaak word vir die werking van die regresreël nie.

In enkele hofsake het voordele wat seker ook sosiale voordele genoem kan word, ter sprake gekom. In *Roberts v Northern Assurance Co* 1964 4 SA 531 (D) het die verweerder teen Roberts se skadevergoedingsaanspraak opgewerp dat Roberts geen toekomstige uitgawes aan lewensonderhoud sal hê nie aangesien hy lewenslank op die staat se onkoste in 'n inrigting verpleeg sal moet word. Die hof beslis dat die besparing wat uit daardie staatsvoorsiening ontstaan, wel teen Roberts se eis op grond van sy toekomstige verlies aan verdienste verreken moet word (537H). In 'n ander geval, waar die eiser kosteloos in 'n provinsiale hospitaal behandel is, het die Oos-Kaapse hof in *Barnard v Union and South West Africa Insurance Co* 1971 1 SA 537 (OK) 538G eweneens voordeeltoerekening toegelaat.[48] Die effek van hierdie beslissings is dat die staat (dit wil sê die belastingbetaler) instaan vir die dader se skadevergoedingsaanspreeklikheid.

3 6 3 *Aanspreeklikheidsversekering*

Oor die uitwerking wat nakoming van sy prestasieplig deur die verantwoordelike dader se aanspreeklikheidsversekeraar op die benadeelde se skadevergoedingsaanspraak het, het ek nog geen Suid-Afrikaanse gesag gevind nie. Na aanleiding van die voorgaande kan egter aan die hand gedoen word dat die dader wel op verrekening van daardie voordeel behoort te kan steun.[49] Waarom sou die benadeelde per slot van rekening die voordeel moet ontvang van 'n versekeringskontrak wat deur die dader afgesluit is en waarop hy die premies betaal het?

4 VERSKILLENDE OOGMERKE MET SKADEVERGOEDING EN DIE LIG WAT DIT OP DIE VOORDEELTOEREKENINGSREËL WERP

4 1 Twee moontlike uitgangspunte

Voorheen is reeds daarop gewys dat 'n mens somtyds die argumente hoor dat 'n dader slegs aanspreeklik moet wees vir alle skade wat hy veroorsaak het (wat impliseer dat die voordeeltoerekeningsprobleem met 'n kousaliteitsoordeel opgelos kan word),[50] of dat 'n dader slegs aanspreeklik

---

[47]Dit is bv die reëling in die meeste Amerikaanse State; kyk 48 ALR 2d 1285; 75 ALR 2d 885; 4 ALR 3d 535; 77 ALR 3d 366; en in Engeland – kyk *Parry v Cleaver* 1969 12 All ER 555. So is ook beslis in *Oberholzer v Santam Insurance Co* 1970 1 SA 337 (N) 345H.

[48]In hierdie gevalle laat die Amerikaanse howe geen voordeeltoerekening toe nie, sodat die beseerde die volle gangbare prys van sy behandeling as skadevergoeding kan verhaal al ontvang hy ook goedkoper of gratis behandeling; kyk bv 77 ALR 3d 366 371.

[49]Die meeste Amerikaanse howe laat hier voordeeltoerekening toe; kyk bv 11 ALR 3d 1115 ev.

[50]Nav *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co v Underground Electric Railways Co of London* 1911–13 All ER 63 (HL), waar kousaliteit die uitgangspunt was, en Voet *Commentary on the Pandects* (Gane) 9 2 16 se nova causa interveniens-stelling word in *Richards v Richardson* 1929 EDL 146 151 'n kousaliteitsmaatstaf aangewend om die voordeeltoerekeningsvraag te beantwoord. Kyk verder na *Du Randt v Eriksen Motors (Welkom)* 1953 3 SA 570 (O) 572F–G asook 1951 *SALJ* 372.

moet wees vir die skade wat die benadeelde werklik gely het (wat impliseer dat die voordeeltoerekeningsprobleem aan die hand van 'n skadebegrip opgelos kan word).[51]

Volgens die aanhangers van die kousaliteitsbenadering is dit vir die oplossing van die voordeeltoerekeningsprobleem bloot nodig om na die bron of oorsprong van elke voor- en nadelige gevolg van die gewraakte gebeurtenis te vra. Het 'n voordeel byvoorbeeld in die vrygewigheid van 'n derde ontspring, dan word eenvoudig gekonkludeer dat daardie voordeel nie deur die dader *veroorsaak* is nie. Die voor-die-hand-liggende gebrek van so 'n benadering is dat daar slegs oënskynlik van 'n kousaliteitsmaatstaf gebruik gemaak word. Wat die eksponente van daardie benadering in der waarheid sê, is dat die gevolge van 'n gebeurtenis ondersoek moet word om vas te stel of sommige van daardie gevolge inderdaad gevolge van die gebeurtenis is. Hoe is daar dan in die eerste plek vasgestel watter feite gevolge van die betrokke gebeurtenis is as dit daarna (weer deur toepassing van 'n kousaliteitsmaatstaf) weer gekorrigeer moet word? Dieselfde kousaliteitskriterium sal klaarblyklik nie albei kere diens kan doen nie want watter sin sou dit hê? Die slotsom waartoe hierdie redenasie 'n mens dus nog eens dwing, is dat die voordeeltoerekeningsvraag geen kousaliteitsvraag is nie en dat dergelike sienswyses van niks meer as ex post facto rasionalisasie getuig nie.[52]

Geen kousaliteitsmaatstaf as sodanig kan by die beantwoording van die voordeeltoerekeningsvraag dienstig wees nie. Dit kan maklik aangetoon word, want die tipiese gevalle wat hierbo bespreek is, is almal juis gevalle waar daar 'n duidelike oorsaaklikheidsverband tussen die gewraakte gebeure, die skadeberokkening en die verkryging van die tersaaklike voordeel bestaan het. Vandag behoort gevolglik nêrens meer gesê te word dat die onderhawige probleem 'n kousaliteitsprobleem is nie. Dit help dus ook nie om so 'n benadering te verberg agter hoogklinkende spreuke soos causa sine qua non, causa causans of "collateral cause/source" nie.[53]

Die geloof dat die voordeeltoerekeningsprobleem eintlik met behulp van die skadebegrip opgelos kan word, kom vandag nog meer algemeen voor. Vroeër is reeds verwys na diegene wat meen om daardie probleem as vanselfsprekend in die loop van hulle hantering van die sommeskadeleer op te los.[54] Daardie geloof kan egter nie gedeel word nie. Afgesien daarvan dat die sommeskadeleer berus op die vergelyking van twee anonieme rekenkundige somme, waarbinne die individuele voordelige en nadelige gevolge van die gewraakte gebeurtenis nie meer geïdentifiseer kan word nie, veronderstel daardie leer iets wat eenvoudig nie bestaan nie. Dit veronderstel naamlik die bestaan van 'n algemeen bekende en aanvaarde kriterium vir

---

[51]Kyk bv vn 11 supra.

[52]Kyk ook na *HK Outfitters v General Assurance Society* supra 63H waar r Botha dieselfde ernstige kritiek uitspreek en hoe r Van Zyl in *Van Heerden v African Guarantee & Indemnity* supra 731 ev eintlik die onmag van die kousaliteitsbenadering illustreer.

[53]Kyk ar Rumpff se duidelike stelling hieroor in *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* supra 151F, asook 1963–64 *Harv LR* 741 met die veelseggende titel: "Unreason in the Law of Damages: The Collateral Source Rule."

[54]Kyk vn 11 supra.

die onderskeid tussen die voordelige en die nadelige gevolge van 'n gebeurtenis en gaan dan sonder meer voort om 'n optelsom van die saldo's daarvan te maak. Benewens hierdie tekortkoming (asof dit nie op sigself al voldoende is om die sommeskadeleer ten minste van die voordeeltoerekeningsterrein weg te weer nie) kan die sommeskadeleer op die onderhawige terrein *regsonsekerheid* in die hand werk. As dit naamlik van die onderskeie te vergelykte somme gesê kan word dat hulle anoniem is, geld dit a fortiori van die resultaat van die vergelyking van daardie somme. Geen mate van ontleding van daardie eweneens anonieme rekenkundige resultaat kan dus aan die lig bring welke voordelige en nadelige faktore in ag geneem is by die berekening van daardie resultaat nie, en dit is sekerlik nie vir die regsekerheid bevorderlik nie. In elk geval bring toepassing van die sommeskadeleer dus geen antwoord op die eintlike vrae nie, naamlik (1) of 'n gebeurtenis gevolge gehad het wat as voordelig aangemerk kan word en (2) of sodanige voordelige gevolge teen die benadeelde se skadevergoedingsaanspraak verreken behoort te word of nie.

Kan die pasgestelde twee vrae nie dalk beantwoord word aan die hand van my eie beskouing oor skade soos dit vroeër gestel is nie? Indien dit wel die geval sou wees, kan 'n mens tóg sê dat die voordeeltoerekeningsprobleem 'n skadeprobleem is indien 'n mens die regte skadebegrip aanvaar. Na my mening kan die eerste bogenoemde vraag wel aan die hand van die voorgestelde skadebeskouing beantwoord word. Indien skade 'n afname in die nuttigheid van 'n getroffe vermoënstruktuur of vermoënsbestanddeel vir die bevrediging van die benadeelde se erkende behoeftes volgens sy eie beplanning is,[55] is die voordelige gevolge van 'n gebeurtenis daardie gevolge wat 'n toename in die nuttigheid van die vermoënstruktuur of vermoënsbestanddeel vir die bevrediging van die vermoënshebber se erkende behoeftes volgens sy eie beplanning teweegbring. Hiermee is die tweede vraag egter nog onbeantwoord. Dié vraag kan eenvoudig nie vanuit hierdie of enige ander skadebegrip opgelos word nie. Die voordeeltoerekeningsvraag, te wete of 'n voordeel teen 'n skadevergoedingsaanspraak verreken behoort te word,[56] is nou eenmaal geen skadeprobleem nie.

4 2 Die volledigs moontlike vergoeding van skade as oogmerk met skadevergoedingstoekenning

Alvorens die komplekse regsfeit waaruit 'n skadevergoedingsaanspraak ontstaan, bevind kan word, moet daar onder andere skade vasgestel kan word. Skade is dus 'n konstitutiewe element van die skuldoorsaak vir 'n skadevergoedingsaanspraak.[57] Dat die skadevergoedingsaanspraak in die Suid-Afrikaanse reg in beginsel op niks meer of minder as die volledige vergoeding van skade gerig is nie, is geykte reg.[58] Hiervan getuig byvoor-

---

[55]Kyk afd 2 supra.

[56]Kyk bv wat ar Rumpff in *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* supra 150F sê.

[57]Kyk bv *Weber v The Africander GM Co* (1898) 5 OR 251 255; *Union Government v Warneke* 1911 AD 657 662.

[58]Kyk maar net na *Sandilands v Tompkins* 1912 AD 171 179 ev (waar dit juis as rede genoem word waarom nominale skadevergoeding nie hier te lande toegeken word nie); *Hunt v Eastern Province Boating Co* supra 23; *Denny v SA Loan, Mortgage and Mercantile Agency* supra.59 69; *Pitt v Economic Insurance Co* supra 287; *Myers v Abramson* supra 127 en afd 2 supra

beeld die nie-verrykingsreël waarop vroeër gewys is.[59]

Absoluut volledige skadevergoeding kan natuurlik nooit geskied nie. Die rede daarvoor is reeds in die ekwivalensie-aard van skadevergoeding geleë. 'n Vergange mate van nuttigheid moet dus agterna so goed moontlik weer nageboots word.[60] Daarbenewens kom daar dikwels aanspreeklikheidsbegrensingsvrae na vore waarby dit kan blyk dat dit, volgens die gemeenskapsbeskouing van wat in die besondere omstandighede redelik is, in 'n besondere geval nie wenslik is dat heeltemal volledige skadevergoeding sal geskied nie. Hierdie kwalifikasie doen egter nie af aan die algemene beginsel dat die volledigs moontlike skadevergoeding moet plaasvind nie.

Die onderhawige oogmerk met skadevergoedingstoekenning staan ook vader vir die kumulasiereël soos dit deur die regresreël beperk word in verband met die versekeringsgevalle wat voorheen bespreek is.[61] Die benadeelde kan in dergelike gevalle van sy versekeraar en van die dader ontvang totdat sy skade volledig vergoed is, en slegs vir wat hy meer as dít ontvang, is hy in 'n trusteeposisie teenoor sy versekeraar.

Tensy die skadevergoedingsreg heeltemal gedenatureer word, moet die primêre oogmerk daarvan die volledigs moontlike vergoeding van skade bly. Dit beteken egter nie dat nie ook daarna gestreef kan word om ander oogmerke deur middel van skadevergoedingstoekenning te bevorder nie, maar net dat dergelike oogmerke altyd ondergeskik aan die wesensoogmerk met skadevergoeding moet bly.

4 3 Straf as oogmerk met skadevergoedingstoekenning

Vandag kan 'n mens sonder vrees vir teenspraak sê dat daar met die privaatregtelike skadevergoedingsaksie nie 'n strafbedrag verhaal word nie.[62] Nietemin kan dit nie weggeredeneer word dat die dader wat self aanspreeklik gehou word, sy aanspreeklikstelling as 'n straf kan ervaar nie. As sodanig kan sy aanspreeklikstelling gevolglik meebring dat hy sy doen en late voortaan versigtiger inrig om verdere toekomstige aanspreeklikstelling te vermy. Op sy beurt kan dit weer die algemene peil van optrede verhoog en sodoende die gemeenskapsbelang bevorder.[63] Hierdie strafgedagte word voorts aangehelp deur die gebruik van emosioneel gelade uitdrukkings soos delikpleger, wandader, skuldige, "wrongdoer" en "tortfeasor" en deur die klem wat nog in ons skadevergoedingsreg op die skuldvereiste vir aanspreeklikheid gelê word.

Die voorgaande strafgedagte (tesame met sy afskrikkende en rehabili-

---

[59]Kyk afd 3 6 supra.
[60]Kyk afd 2 supra.
[61]in afd 3 6 supra.
[62]Kyk bv *Sandilands v Tompkins* supra 179; *Santam Versekeringsmaatskappy v Byleveldt* supra 152F–H; verder ook 1963–64 *Harv LR* 741 748 ev.
[63]Kyk veral A Tunc *International Encyclopedia of Comparative Law* bd XI "Torts" hfst 1 Introduction (1973) par 155–163 172–178; Bloembergen par 250–269. In *Mahomed v Kassim* 1973 2 SA 1 (RA), 'n lasteraksie, sê hr Beadle (12) dat straf dmv 'n skadevergoedingstoekenning opgelê kan word as die gemeenskapsbelang dit verg. Dieselfde gedagte is al in *Botha v Pretoria Printing Works* 1906 TS 710 715 uitgespreek.

terende komplemente) verloor egter grootliks hierdie beperkte oortuigingskrag in die moderne skadevergoedingsreg in gevalle waar risiko-aanspreeklikheid sy volle plek begin inneem, en waar die benadeelde meesal reeds deur sy versekeraar skadeloos gestel is en laasgenoemde dan sy regresaanspraak teen die dader se versekeraar wil afdwing. Nou begin daar tereg vrae ontstaan oor die bevredigendste wyse waarop die noodwendige koste verbonde daaraan om in 'n gemotoriseerde, geïndustrialiseerde en geoutomatiseerde moderne gemeenskap te lewe, gedra kan word.[64]

Vir sover daar in die lig van die voorgaande nog iets van 'n strafgedagte in die oplegging van 'n skadevergoedingsplig mag skuil, sou 'n mens kon redeneer dat dit niks meer as reg is dat voordeeltoerekening nie toegelaat word nie. Ek twyfel nie daaroor dat die nie-juris soms sterk emosionele bevrediging uit so 'n resultaat sal put nie, maar, soos reeds aangetoon is, is die bestraffende effek wat 'n skadevergoedingstoekenning in die meeste hedendaagse gevalle sal hê so gering dat 'n daarmee gepaardgaande weiering van voordeeltoerekening maar selde op grond van 'n straftoedelingsoogmerk geregverdig kan word.[65]

4 4 Regshandhawing en kosteverspreiding as oogmerke met skadevergoedingstoekenning

In die vorige paragraaf is reeds gesê dat die moontlike aanspreeklikstelling van daders onder meer tot gevolg kan hê dat die algemene peil van optrede verhoog kan word, wat weer inhou dat die regte van individuele lede van die gemeenskap duideliker teenoor mekaar afgegrens en beter teen inbreukmaking beskerm word.[66] Vir die voordeeltoerekeningsreël hou dit in dat voordeeltoerekening geweier sal moet word so dikwels as wat die toelating daarvan die regshandhawende effek van skadevergoedingstoekenning in die besondere tipe geval sal teenwerk.

Die regshandhawingsoogmerk met sekere skadevergoedingstoekennings kan moeilik van die oogmerk van kosteverspreiding geskei word omdat albei hierdie oogmerke direk op bevordering van die breëre gemeenskapsbelang ingestel is. Juis omdat hierdie twee oogmerke so nou verband hou met mekaar heers daar 'n fundamentele spanning tussen hulle. Die rede daarvoor is dat met die regshandhawingsgedagte gepoog word om die gemeenskapsbelang te bevorder deur die individue se belange teenoor mekaar af te baken en te beskerm, terwyl die kosteverspreidingsgedagte nie in eerste instansie by individue se belange aanknoop nie. Hierdie verskil in metode bring dan dikwels 'n spanningsverhouding tussen individuele geregtigheid en die breëre gemeenskapsbelang teweeg. Dit is dus goed moontlik dat die voordeeltoerekening wat ons hierbo in die lig van die regshandhawingsoogmerk sou weier, ingevolge die kosteverspreidingsoogmerk tog toegelaat sou moes word indien die openbare belang dit verg.

---

[64]Tunc par 168–171.

[65]Die gevoel van onbehaaglikheid wat soms spontaan ervaar word (kyk afd 2 supra) moet dus buitengewoon noukeurig getoets word.

[66]Kyk ook Tunc par 172–178.

5 TEN SLOTTE: HET DIE VOORGAANDE BESPREKING 'N KRITERIUM VIR DIE BEANTWOORDING VAN DIE VOORDEELTOEREKENINGSVRAAG AAN DIE LIG GEBRING?

Sonder vrees vir teëspraak kan gesê word dat daar uit die voorgaande bespreking 'n hele paar gedagtes of kriteria geblyk het wat, elkeen op sigself en binne sy besondere verband beskou, heeltemal aanvaarbare resultate meebring. Van 'n algemeen geldende enkele maatstaf vir die oplossing van alle voordeeltoerekeningsvrae het ons egter hoogstens spore, soms duideliker waarneembaar as ander kere, gesien.

Samevattend kan die volgende gesê word:

Aan die grondslae van ons skadevergoedingsreg moet nie gepeuter word nie. Dit is en bly in die eerste plek op die volledigs moontlike en wenslike vergoeding van die benadeelde se skade ingestel. Die implikasie wat dit vir die voordeeltoerekeningsproblematiek het, is dat voordele in beginsel eers vir verrekening in aanmerking kan kom nadat die benadeelde se skade so volledig moontlik vergoed is. Die kumulasie- en nie-verrykingsreëls hou direk verband met hierdie uitgangspunt.

Voorheen is daarop gewys dat 'n benadeelde soms met minder as volledige skadevergoeding tevrede moet wees. So 'n kwalifikasie van die algemene uitgangspunt hang saam met die feit dat daar in gepaste gevalle sekere sekondêre oogmerke met die aanspreeklikstelling van skadeberokkenaars nagestreef kan word. Vir die voordeeltoerekeningsproblematiek hou dit in dat verrekening wat andersins in ooreenstemming met die grondliggende skadevergoedingsmotief sou plaasvind, nie plaasvind nie omdat daardie aanspreeklikstelling met 'n strafoogmerk geskied. In 'n dergelike geval word die gemeenskapsbelang beter daardeur gedien dat die benadeelde in der waarheid oorvergoed word as wat sou gebeur indien die dader nie vir die volle skade aanspreeklik gehou word nie. Net so, waar regshandhawing of kosteverspreiding met die skadevergoedingstoekenning beoog word, mag dit wees dat voordeeltoerekening eerder geweier moet word en die voordeeltoebrenger sy uitgawes eerder moet kan verhaal, as dat daardie oogmerke prysgegee moet word – al het dit miskien oorvergoeding tot gevolg.

Daar moet toegegee word dat dit nie altyd voor-die-hand-liggend sal wees wat die doel met aanspreeklikstelling en 'n skadevergoedingstoekenning in 'n gegewe geval is nie. Vir daardie grensgevalle wat noodwendig sal voorkom, is daar egter darem ook raad. In die voorgaande bespreking het veral twee oorwegings in probleemgevalle telkens as bakens gedien wat die pad na 'n oplossing aangedui het. Daardie rigtinggewers was (1) om te kyk na die bedoeling van die bewerker van die voordeel met daardie prestasie, en (2) om te vra na die bedoeling of gesindheid van die ontvanger van die voordeel met sy ontvangs daarvan. Dadelik moet 'n mens toegee dat dit nie altyd ewe maklik sal wees om vas te stel wat daardie onderskeie bedoelings met betrekking tot die voordeel was nie. 'n Oorweging wat, soos in hierdie ondersoek vasgestel is, dikwels die oplossing van hierdie kwessie vergemaklik, is die tipeerbaarheid van sekere voordele as "gekoopte" voordele. Waar dergelike voordele ter sprake is (ongeag of dit ingevolge

'n versekeringskontrak, of 'n dienskontrak, of deur dienslewering "gekoop" is), kon telkens sonder meer tot die slotsom geraak word dat om verrekening van dergelike "gekoopte" voordele toe te laat, beslis nie in ooreenstemming met die bedoelings van òf die bevoordeler òf die bevoordeelde sou wees nie – en gevolglik nie moet plaasvind nie.

Op die terrein van die skadevergoedingsreg het die uitdrukking: "reality is stranger than fiction" dikwels meer waarheid as op baie ander terreine. Omdat nooit 'n sinvolle benadering geformuleer sal kan word wat alle denkbare en ondenkbare tipes gevalle sal kan ondervang nie, kan daar beslis voordeeltoerekeningsvrae ontstaan wat nie ingevolge die voorgaande gevolgtrekkings bevredigend beantwoord kan word nie. Waarskynlik juis onder die indruk van hierdie dilemma, het selfs ons appèlafdeling al aan die hand gedoen dat die eintlike kriterium vir die oplossing van voordeeltoerekeningsvrae in oorwegings van billikheid, redelikheid en die openbare belang gesoek moet word.

Ofskoon die geldigheid en belangrikheid van die pasgemelde oorwegings vir die onderhawige problematiek erken word, moet tog ook tot versigtigheid gemaan word. Vroeër is vasgestel dat daar allerlei primitiewe wraakgedagtes agter 'n eenvoudige billikheidsoordeel mag skuil. Voorts het dit geblyk dat daar somtyds nie aan die hand van so 'n maatstaf onderskei kan word tussen twee ewe billike oplossings waarvan die een miskien om heeltemal ander redes minder wenslik as die ander een mag wees nie. Hoewel billikheid, redelikheid en die openbare belang dus beslis 'n belangrike funksie te vervul het op die voordeeltoerekeningsterrein, bied dit nog geen panasee vir alle probleemgevalle nie.

In finale instansie gaan dit by die voordeeltoerekeningsprobleem oor die basiese filosofie van die skadevergoedingsreg, welke filosofie noodwendig simpatiek moet rekening hou met ontwikkelings op ander lewensterreine – en veral op terreine wat ook met die herstel van skade te make het. Die vergoedingsfilosofie moet dus soepel genoeg wees om aan te pas by die realiteit en uitdagings van die versekeringsbedryf en sosiale versorgingsreëlings in die gemeenskap. Verder moet 'n goed aangepaste vergoedingsfilosofie 'n voordeeltoerekeningsreël voortbring wat die betoning van naasteliefde (soos dit neerslag vind in die dra van mekaar se laste) nie alleen moontlik maak nie, maar ook bevorder. Na my mening is al die nodige aanknopingspunte vir die verdere konkretisering van so 'n voordeeltoerekeningsreël wel in ons skadevergoedingsreg aanwesig. □

And now we're well secur'd by Law, 'Till the next Brother find a Flaw.
The Papers of Benjamin Franklin *254*

Conflict of laws in South Africa: cases involving customary law

TW Bennett

BA LLB
University of Cape Town

OPSOMMING

Die doel van hierdie artikel is in eerste instansie om vas te stel watter reëls – dié vervat in artikel 11 van die Swart-administrasiewet, 38 van 1927, en/of dié van die internasionale privaatreg – toegepas moet word om interstaatlike regskonflikte waarby buitelandse of binnelandse inheemse reg betrokke is, op te los.

Die volgende benadering word aan die hand gedoen:

1 Die aard van die konflikprobleem moet eerstens bepaal word, dit wil sê of daar enige binnelandse of buitelandse inheemse stelsel vir toepassing in oorweging kom en, indien wel, welke inheemse stelsel. Hiervoor moet verwys word

1 1 na die ander staat se reëls met betrekking tot die keuse van 'n interne regstelsel, en

1 2 na die bepalings van artikel 11(1) van die Swart-administrasiewet.

2 Uit hierdie ondersoek sal blyk of 'n mens te doen het met mededinging tussen:

2 1 binnelandse en buitelandse gemenereg;

2 2 'n binnelandse en 'n buitelandse stelsel inheemse reg;

2 3 binnelandse gemenereg en 'n buitelandse stelsel inheemse reg;

2 4 buitelandse gemenereg en 'n binnelandse stelsel inheemse reg.

3 Die reëls van die internasionale privaatreg dui aan welke staat se reg toegepas moet word.

4 Die aangewese staat se reëls met betrekking tot die keuse van 'n interne regstelsel dui aan watter stelsel inheemse reg, indien enige, toegepas moet word.

The conflict of laws is always a complex topic, often seeming to be a matter of mere academic subtlety, but its purpose is both mundane and essential for the conflict rules have the same aim which any legal system has, namely, to seek a just solution to legal disputes. "Just", in this context, may be understood to mean that the conflict of laws supplies a system of rules designed to select the law which the litigants could reasonably expect to be applied for the solution of a case.[1] Even in the realm of private international law, this is no easy task, but the difficulties experienced in solving conflict problems are heightened in South Africa because this country does not have a single system of law; rather, it has a number of legal systems which increases the potential for conflict. While the general law[2] of the land is

[1] *American Restatement of the Law of Conflict of Laws, Second*, (1969) 3rd vol 6; JG Castel *Canadian Conflict of Laws* (1975) 9–10; AE Anton *Private International Law* (1967) 5; cf O Kahn-Freund *General Problems of Private International Law* (1976) 319–320.

[2] NJJ Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* (1969) 603 considers Roman-Dutch law to be the "general" law of the land and customary law to be recognised only by way of exception.

Roman-Dutch law (for the sake of convenience, termed the "common" law in this article), parliament has also recognised the applicability of African customary law. Section 11(1) of the Black Administration Act, 38 of 1927, provides that commissioners' courts may, in their discretion, apply customary law in civil suits between blacks which involve questions of African customs.[3] There is, however, no one, prevailing system of customary law in South Africa; instead, tribal diversity is reflected in the various systems of customary law currently applicable.[4] This justifies describing South Africa's legal system as a "plural" rather than a "dual" legal system. Parliament recognises the multiplicity of customary legal systems and, accordingly, has made provision for solving the conflicts which might arise between these systems. Section 11(2) of the Black Administration Act provides that, in the absence of any agreement between the parties, the court may apply the customary law of the defendant's place of residence, his place of business or his place of employment.[5]

It must, at the outset, be appreciated that it is only in the commissioners' courts that conflicts between domestic systems of customary law and the common law may arise since these are the only courts empowered to take judicial notice of both customary law and the common law.[6] The tribal courts are competent to apply only customary law[7] and the magistrates' courts and the supreme court may apply only the common law. Exceptionally, the latter courts may apply customary law but only if it has been incorporated in an agreement between the parties or if the court is specifically directed to do so by statute.[8] On the other hand, by implication of section 11(2), it seems that conflicts between different systems of customary law may formally occur in any court in the land since that subsection refers to "any suit or proceedings between Blacks."

Since more than one legal system has been recognised in South Africa, it is not surprising that conflicts between these legal systems have been foreseen and that provision has been made for their solution. It is debatable, however, whether the Black Administration Act governs conflicts arising with systems of customary law recognised outside South Africa. Although

---

[3]"Notwithstanding the provisions of any other law, it shall be in the discretion of the Commissioners' Courts in all suits or proceedings between Blacks involving questions of customs followed by Blacks to decide such questions according to the Black law applying to such customs except in so far as it shall have been repealed or modified . . ."

[4]The concept of "tribal law" has never been adequately defined: see infra.

[5]"In any suit or proceedings between Blacks who do not belong to the same tribe, the court shall not, in the absence of any agreement between them, with regard to the particular system of Black law to be applied in such suit or proceedings, apply any system of Black law other than that which is in operation at the place where the defendant or respondent resides or carries on business or is employed, or if two or more different systems are in operation at that place, not being within a tribal area, the court shall not apply any such system unless it is the law of the tribe (if any), to which the defendant or respondent belongs."

[6]SM Seymour *Bantu Law in South Africa* 3rd ed (1970) 37–39.

[7]Section 12(1)(a) of the Black Administration Act.

[8]*Mosii v Motseoakhumo* 1954 3 SA 919 (A) 930; *Saliwa v Minister of Native Affairs* 1956 2 SA 310 (A) 316–317; AJ Kerr "The application of native law in the Supreme court" 1957 *SALJ* 313.

subsections (1) and (2) of section 11 are worded sufficiently broadly to permit their application to such conflict problems, there are good reasons for applying the rules of private international law. If a conflict problem arises involving South African common law and a foreign system of common law, the courts have no hesitation in using the choice of law rules, derived from Roman-Dutch private international law, to determine which system of law should be applied. Since the establishment of the independent nations of Transkei and Bophuthatswana, we may look forward to an ever increasing number of these interterritorial conflicts involving customary law, although migrant labour from nations surrounding South Africa would suggest that, formerly, these conflicts could not have been that infrequent. In this article, therefore, the principal question is whether section 11 or private international law should be used to solve conflicts involving foreign systems of customary law. Consideration of this question involves incidental issues, such as the determination of conflict issues and the definition of tribal laws. It is helpful to analyse these problems in terms of the following framework of potential conflict problems:

1 conflicts between domestic common law and a domestic system of customary law;
2 conflicts between two or more domestic systems of customary law;
3 conflicts between domestic common law and a foreign system of common law;
4 conflicts between a domestic system of customary law and a foreign system of customary law;
5 conflicts between the domestic system of common law and a foreign system of customary law; and
6 conflicts between a foreign system of common law and a domestic system of customary law.

1 CONFLICTS BETWEEN DOMESTIC COMMON LAW AND A DOMESTIC SYSTEM OF CUSTOMARY LAW

Whenever there is a conflict between the common law and customary law, section 11(1) of the Act is applicable to the solution of the dispute. Before any question may arise regarding the application of section 11(1), however, it must first be established that there is, in fact, a conflict. Section 11 itself assists, in this preliminary issue, for it provides that,

> "In all suits or proceedings between Blacks involving questions of customs followed by Blacks . . ."

the commissioner has a discretion to apply customary law.[9] Conflicts may occur, formally, at least, only if the case is one concerning African litigants. If the case concerns a white, the commissioner has no jurisdiction to hear the matter and, in consequence, the common law is the only law applicable.[10]

---

[9]Seymour op cit 40–41, although stressing the implication of the words "involving questions of customs followed by Blacks" does not, in fact, indicate how this phrase is to be interpreted; Olivier op cit 604 also does not indicate how to interpret this phrase.

[10]The case would have to be heard in a magistrate's court or the supreme court, of course:

Yet the race of the litigants is not the only factor determining the existence of a conflict; the case must also involve questions of customs followed by Blacks.

It is not clear what is meant, in this context, by "customs". The term is used in contradistinction to "law" for section 11(1) continues to provide that the commissioner may decide such questions according to "Black law applying to such customs." It would appear, therefore, that "customs" must mean no more than what the term ordinarily signifies viz various, regularly repeated patterns of behaviour.[11] A custom implies an occurrence in space and time, as opposed to the abstract notion of law. If this definition is accepted, it may be argued that when the facts of the case are similar to various common practices in the African community, there may be a conflict of laws. Such an interpretation places a heavy burden on the court.[12] Apart from its knowledge of customary law, the court would be required to be familiar with all the behaviour patterns of the African peoples of this country and, in the present climate of social change, this is not an easy task.[13]

Yet, if the question were turned about, what factor would suggest the applicability of the common law in a case involving African litigants? If one were to accept an earlier,[14] and now discredited,[15] argument that the common law is the general law of the land and, for this reason, prima facie, the applicable legal system, and that customary law was applicable only as a matter of exception, the answer might be easy. According to the decision in *Minister of Justice: Ex Parte in re Yako v Beyi*,[16] however, both legal

---

Ndebele v Bantu Christian Catholic Church in Zion 1956 NAC 184 (C); *Ndlovu v Tsoku & Apostolic First Christian Church of South Africa* 1972 BAC 77 (N).

[11]Defined in the Shorter Oxford English Dictionary as "usual practice." Care must be taken to distinguish "custom", in the context of section 11 (1), from "custom" as a source of law in common law terms. In these circumstances, custom is in reality law and can be applied as such once it has passed certain tests, namely, those prescribed in *Van Breda v Jacobs* 1921 AD 330. The role of the court is declaratory as to the existence of the custom: B v D van Niekerk "Some thoughts on custom as a formative source of South African law" 1968 *SALJ* 281–282, citing CK Allen *Law in the Making* 7th ed (1964) 129–130. One should not, moreover, confuse "customary law" with custom (non-legal norms) with the implication that customary law is not legally binding. This happened in *Mbowela v R* 1962 R & N 112 (FSC) 115; see also RD Kollewijn "Conflicts of Western and non-Western law" 1951 *International Law Quarterly* 307–311; Seymour op cit 13. "Customary law" is, essentially, a term of convenience denoting an unwritten system of law which is not derived from legislation or the decisions of the courts. As such, it must be considered in contradistinction to the "common" law viz law derived from legislation and other, typically European sources: see Kerr op cit 316.

[12]It may have been this consideration which prompted Schreiner JA to remark in *Minister of Native Affairs: Ex Parte in re Yako v Beyi* 1948 1 SA 388 (A) 398: "No doubt the discretion to decide which system of law to apply in a case carries with it a great responsibility – greater than that generally borne by Courts of law."

[13]In his work on the urban African, for instance, BA Pauw *The Second Generations: a study of the family among urbanised Bantu in East London* (1963) 28 concluded: "hardly any clear patterns seem to have crystallized yet, and the variation in patterns of behaviour, values and beliefs, and the different combinations of these in different regions of the culture, seem to defy systematization. At this stage it is impossible to give a complete picture of the culture of the urban Bantu."

[14]*Nqanoyi v Mangoloti Njombeni* 1930 NAC (C & O) 13.

[15]in *Yako's case* supra.

[16]supra.

systems have parity before the commissioners' courts. If this is the case, we are driven to conclude that it is some particular fact in the complex of facts adduced to the court which suggests that a conflict of laws has arisen. This is the approach of the courts when concerned with private international law, of course: whenever a "foreign element" obtrudes in a case under consideration, the court is alerted to a problem of conflict of laws.[17] Such "foreign elements" are all territorially conceived for private international law presupposes the territorial definition of legal systems. Hence the type of foreign element one would expect to find would be one such as the foreign domicile of a party, the place where a contract was concluded, where a delict was committed or where property was situated. One would seek in vain to find the same foreign elements in the type of conflict posed to a commissioner's court. These conflicts presuppose personally defined systems of law, determined by the race, not the territory, of the parties.[18] While the fact that the parties are black obviously suggests the applicability of customary law, one might well ask what factor would suggest application of the common law in suits between blacks. Because we are precluded from conceiving interpersonal conflicts in territorial terms, we must obviously rely on personal factors. In the context of the commissioners' courts, the fact of race is no longer sufficient to determine the existence of a conflict problem; but there are other, personal factors which are apposite. One such factor, which immediately suggests itself, is the life style of the litigants. If the parties have a Western European life style, this would tend to suggest the applicability of the common law.[19] Law is one aspect of culture and the reason that customary law is applied, is not, in fundamental terms, because of the race of the litigants but, rather, because of their culture. In this sense, conflict of laws is a formal reflection of a conflict of cultures. When an African participates in or adopts Western European culture, therefore, it is on these grounds that the common law should be applied. It can be argued that if a litigant has entered into a commercial contract or has celebrated his marriage in the Christian church, he has participated in Western European culture by opting for typically European institutions.[20]

The conflicts envisaged in section 11(1), therefore, assume institutionalised forms of behaviour pertaining to a specific cultural group. If the facts of the case bear similarity to such behaviour patterns, a conflict arises. Superficially, the conflict is reflected in racial terms but basically it is conceived culturally. In private international law, too, foreign legal systems reflect different cultures but culture is conceived in territorial terms. What distinguishes the inter-territorial from the inter-personal conflict of modern

---

[17] JHC Morris *Dicey & Morris on the Conflict of Laws* 9th ed (1973) 3; PM North *Cheshire's Private International Law* 9th ed (1974) 5.

[18] GW Bartholomew "Private interpersonal law" 1952 *International and Comparative Law Quarterly* 326.

[19] and has been used as such in South Africa: for example: *Sibanda v Sitole* I NAC (NED) 347; *Tumana v Smayile & Another* 1 NAC 207; *Mboniswa v Gasa & Another* 1 NAC 264; *Ramothata v Makhothe* 1934 NAC (N & T) 74.

[20] although it is on the grounds of the form or the nature of a transaction that the courts decide to apply the common law: for example, in *Nxumalo v Ngubane* 1932 NAC (N & T) 34 and *Dhlamini v Nhlapo* 1942 NAC (N & T) 62 the common law was applied to commercial transactions.

Africa, however, is the signal designating the conflict problem. In the case of an inter-territorial conflict the signal is a territorially conceived "foreign element" whereas, in the case of an inter-personal conflict, the original signal – race – is no longer sufficient. Instead, the conflict emanates from the deeper level of the culture itself and the conflict is signalled by behaviour patterns typical of the culture concerned.

The conflict of laws presupposes, moreover, different and exclusive legal systems; as such, it must be assumed that the legal system derives from a notionally "pure" culture. In South Africa, at least, this is, of course, a fallacy. The process of acculturation has succeeded in imbuing Africans with many of the norms and values of Western European culture. This process is reflected in the law administered by the commissioners' courts; traditional customary law has been profoundly modified by the influence of the common law.[21] Because customary law and the common law are no longer completely separate and different legal systems, it is possible that conflicts may, in certain circumstances, be precluded. There may, to borrow terminology from private international law, be "false" conflicts.

2 CONFLICTS BETWEEN TWO OR MORE DOMESTIC SYSTEMS OF CUSTOMARY LAW

It might be inferred from section 11(1) that there is a system of customary law in South Africa common to all the African peoples. This is not, of course, the case. There is always the possibility of a conflict arising between two different systems of customary law. Section 11(2) provides the choice of law rules to indicate which system of law will be applicable in the event of such a conflict.

The existence of inter-tribal conflicts is determined in section 11(2) by a personal factor – that of tribal membership. This section applies to:

> "any suit or proceedings between Blacks who do not belong to the same tribe . . ."

The term "tribe" is not defined in the act nor, unfortunately, has there been an authoritative judicial definition. This question has been considered obiter by the appellate division in *S v Bhoolia*.[22] In this case the Court was concerned with the definition of "Indiërgroep" in terms of Act 77 of 1957 and Act 36 of 1966. Section 49 of the latter statute provided that the definition of "Indiërgroep" included,

> "enigeen wat lid is van 'n ras of stam wie se nasionale tuiste in Indië of Pakistan is, of wat gewoonlik daarvoor deurgaan."

In attempting to define the concepts of race and tribe mentioned in this section, Rumpff JA held that the expert evidence of an anthropologist should not be preferred to the ordinary meaning of these words, as understood by the man in the street. He turned, therefore, to dictionary definitions instead and noted that the Oxford Dictionary defined tribe as:

---

[21]It is partly for this reason that AN Allott *New Essays in African Law* (1970) 116 was persuaded to discard private international law for the solution of inter-personal conflicts.

[22]1970 4 SA 692 (A).

> "A group of persons forming a community and claiming descent from a common ancestor."

and also,

> "a particular race of recognised ancestry; a family."[23]

It is not surprising that the court found difficulty in defining these terms. One of South Africa's foremost anthropologists experienced similar difficulty and, indeed, eschewed the term "tribe" in the title of an authoritative text on the African people of this country in favour of the non-technical term "people."[24] Yet the dictionary definition of "tribe" is not an adequate reflection of the use of this word, either by the African people themselves or by anthropologists. The dictionary definition relies heavily on descent, ignoring the cultural and political factors which are also at play in determining a person's tribe. It must be appreciated that a tribe is also a cultural, political and linguistic entity.[25]

Section 11(2) is unfortunately conceived in several respects,[26] but, in particular, it confuses two concepts basic to a conflict of laws. It appears that the legislature has conceived of inter-tribal conflicts in both personal and territorial terms. On the one hand, the government's policy of separate development envisages territorially defined tribal units and this policy is accepted as being definitive of tribal law in section 11(2). On the other hand, the section suggests that a tribe must also be an ethnic and/or cultural entity. To some extent the potential confusion is avoided in that the choice of law proceeds first to a territorially defined law and, only if there is more than one such law, is the court directed to apply a personally defined legal system.

As with any other conflict, section 11(2) assumes the existence of different and separate systems of tribal law which presupposes the existence of "pure" tribal cultures. The social circumstances of modern South Africa, however, would suggest that ethnic or cultural purity is becoming rarer (if, in fact, it was ever that common) and more difficult to prove. What, for instance, is the tribal status of a person born of parents coming from two different tribes (especially if the parents were urban Africans, having no association with their homelands)? In the absence of reliable proof of descent, membership of a tribe is likely to be dependent on the personal self-conception of the propositus and other, less direct sources of evidence regarding his cultural preferences.

---

[23] at 696.

[24] WD Hammond-Tooke *The Bantu-Speaking Peoples of Southern Africa* 6th ed (1974).

[25] SF Nadel *A Black Byzantium* (1942) 17 defines tribe in terms of its cultural attributes; E Evans-Pritchard *The Nuer* (1940) 5 conceives of a tribe in political terms; PH Gulliver *Tradition and Transition in East Africa* (1969) 24 supports cultural and territorial criteria. B Sansom in *Hammond-Tooke* supra 262 describes a tribe as a group of people joined in a common political association. He adds, however, that a tribe is also an ethnic, cultural and linguistic entity.

[26] J Lewin *African Native Law* (1947) chap 6; "Native law in South Africa – the conflict of tribal laws" 1944 *SALJ* 269.

3 CONFLICTS BETWEEN DOMESTIC COMMON LAW AND A FOREIGN SYSTEM OF COMMON LAW

As indicated previously, such conflict problems are solved by the application of the Roman-Dutch rules of private international law.

4 CONFLICTS BETWEEN A DOMESTIC SYSTEM OF CUSTOMARY LAW AND A FOREIGN SYSTEM OF CUSTOMARY LAW

If a case contains a "foreign element" viz a significant fact or facts are connected with another state, the conflict issue is removed from the arena of the inter-personal conflict of laws to private international law. The type of foreign elements considered significant for the purposes of private international law include the domicile of the parties, the place where a marriage was celebrated or where a will was executed etc. Whenever a case contains such an element, recourse to the system of foreign law concerned may become necessary and, for this purpose, it would seem that the appropriate legal system be chosen according to the rules of private international law since two or more territorially defined systems of national law provide the basis of the conflict problem.[27]

While one would have no hesitation in referring to private international law if both the parties were European, if the parties were African, the matter might require reconsideration. Section 11(2) provides:

> "[I]n any suit or proceedings between Blacks who do not belong to the same tribe . . ."

It could well be argued that this section is not intended to cater solely for domestic conflicts; the phrase "in any case or proceedings" purports to include those cases which involve a foreign system of customary law. Reference to the rules of private international law should, according to this argument, be superseded by the statutory choice of law rules whenever the dispute involved two systems of customary law. This question has not been considered judicially in South Africa[28] but, in Rhodesia, on the basis of a

---

[27]TO Elias *British Colonial Law* (1962) 198–200. A subsidiary question, regarding foreign systems of customary law, is whether the commissioners' courts are entitled to take judicial cognizance of such systems. A broad interpretation of section 11 (1) would suggest that they may; but, in keeping with the principles of private international law, it would appear that because such law is *foreign* law, it must be proved in the same manner as any other fact.

[28]In *Chirwa v Mandah* 1956 NAC 209 (C), a claim was made for refund of brideprice paid over in respect of a marriage which did not materialise. The parties were Africans from Nyassaland. Although both counsel argued the applicability of a foreign system of customary law in the face of section 11, the court held that it was not necessary to decide this point because the claim was for refund of lobolo which was a South African institution and there was nothing in the record to indicate whether either of the parties desired any law other than that of South Africa to govern their affairs. One of the submissions by counsel for the appellant, however, does merit special comment. He contended that South African courts cannot take judicial cognizance of foreign customary law. In this regard he is correct: foreign law is regarded as a fact to be proved to the court in the same manner as any other fact: *Schlesinger v CIR* 1964 3 SA 389 (A) 396 regarding English law.

similar statutory provision, the courts have regularly applied the rules of private international law.[29]

Although the application of private international law is an attractive alternative to section 11(2), its application is not without difficulty. In the first place, it may be questioned why the courts should prefer the use of the Roman-Dutch rules of private international law when there may well be customary rules applicable to the solution of such inter-tribal conflicts.[30] However simple such rules may be, to ignore them would appear arbitrary. The answer to this allegation is that the common law system of private international law is more highly evolved than the customary system. It is more conscious of attempting to apply the law which is the most appropriate in the circumstances of the case and is, therefore, more likely to do justice to the parties. No doubt the simple choice of law rules evolved by the tribal courts fulfilled the African litigants' reasonable expectations; but their expectations would be limited by the very nature of tribal intercourse in the past when communities were small and travel an infrequent and hazardous undertaking. More is expected of choice of law rules today when travel is quick and easy and tribal intercourse more usual. For these reasons, a more sophisticated set of choice of law rules is required, capable of sensitive response to the modern conflict problems encountered.

Even if the applicability of Roman-Dutch private international law is accepted, however, that system does not indicate which system of customary law is to be applied. It does no more than refer the court to a system of national law, potentially containing several systems of customary law. If, for example, a case came before a South African court and, in terms of the private international law choice of law rules, the court was referred to Rhodesian law, this legal system would include Rhodesian common law and at least three systems of customary law – Ndebele, Shona and Tonga. Each of these systems of customary law might well yield a different rule applicable to the facts of the case. Confronted with this type of problem, the Rhodesian courts, in the cases mentioned earlier, simply applied the law of the litigant's tribe.[31] Their selection of this law appears to have been

---

[29]In a series of decisions based on the judgment in *Rhodia v Mandala* 1942 SRN 236, the courts determined the validity of customary unions by the lex loci celebrationis: *Reya & Kapito v Zuze* 1951 SRN 572; *Dumase & Saulosi Chekani v Adamu* 1958 SRN 865; *Tabiya & Sineki v Nyama* 1963 CAACC 15; *Ishmael Ngwira v Mavies & Thomas Zimba* 1964 CAACC 22; see especially *Ides & Goliat v Getson* 1963 CAACC 79 82.

[30]Admittedly there are but scattered references to choice of law rules employed by tribal courts but this does not appear to have been a special subject of study: M Gluckman *The Ideas in Barotse Jurisprudence* (1965) 188–189; TO Elias *The Nature of African Customary Law* (1956) 106; Gluckman in E Colson and M Gluckman (eds) *Seven Tribes of Central Africa* (1951) 15.

[31]In the cases mentioned in footnote 29 and *Kapeta & Mariesi v Mugwagwa* 1954 SRN 754; *Leya & John Phiri v Masauso Banda* 1958 SRN 875; *Kangachepe v David Khondowe* 1963 CAACC 33. In all these cases certain very broad principles were in issue, namely, a foreign matrilineal system of guardianship as opposed to the domestic patrilineal systems and the requirement or non-requirement for the payment of brideprice to create a valid marriage. On these points, the courts were able to reach decisions without having to refer to specific systems of customary law within Rhodesia. This was because all the Rhodesian systems were agreed that custody and guardianship were to be determined

intuitive, rather than rational. A solution to this type of problem does exist, however, even within terms of private international law. It may be reasoned that where the choice of law rules refer to a national system of law, the national system contains internal rules governing the choice of law from amongst the various tribal systems. Hence, if the court is referred to Rhodesian law, it would be entitled to look to section 4 of the African Law and Tribal Courts Act (an internal rule governing inter-tribal conflicts) in order to select the correct system of tribal law.

5 CONFLICTS BETWEEN THE DOMESTIC SYSTEM OF COMMON LAW AND A FOREIGN SYSTEM OF CUSTOMARY LAW

There have been no reported cases in South Africa involving a conflict between a foreign system of customary law and South African common law. Should one arise, however, it could be argued that the solution lies in section 11(1) of the Act or, alternatively in private international law. While the latter system of choice of law rules may appear appropriate (for there is a conflict between two territorially distinct legal systems) there are, again, difficulties associated with applying this system.

The principal problem is to ascertain whether the system of foreign law conflicts with South African common law or one of the domestic systems of customary law. This is, essentially, a problem of determining the nature of the conflict issue. If we were to take a hypothetical case whereby an African, domiciled in Rhodesia and a member of the Shona tribe, while in Johannesburg, entered into a barter agreement with a local Sotho and, later, was found to be in breach of the agreement, for no good cause, the conflict problem could be solved in the following ways:

1 If we were to decide that the issue is a choice between Shona and Sotho customary law, we might decide to apply the choice of law rules contained in section 11(2) of the Act. In the absence of any agreement, the law of the place where the defendant was resident, employed or carried on business is applicable. Alternatively, of course, the problem could be solved in terms of private international law.

2 If, on the other hand, we were to decide that the issue concerned a choice between Shona customary law and South African common law, the choice of law rules might be derived from section 11(1) of the Act or private international law. Application of section 11(1) might prompt the choice of South African common law or a domestic system of customary law (although it does not indicate which system of customary law). If we were to use private international law, it might refer to Rhodesian law. (A further question would then arise: which system of Rhodesian law – Rhodesian common law or customary law? If we were to choose customary law, the question would be which system of customary law?) In any event, the court might arrive

---

on patrilineal principles and agreement as to brideprice was a sine qua non of a valid marriage.

at a totally different conclusion to that reached by application of section 11(2).

In these circumstances by what criterion is the nature of the conflict issue to be determined? There is, in this sense, a "double conflict" involved, namely, when two territorially distinct systems of law (both recognising customary law as part of the national legal system) are at issue the preliminary question is which internal system of law is involved. Unfortunately, no specific rules have been formulated to assist in the determination of the conflict problem. It is submitted that the preliminary conflict question must be settled by the internal choice of law rules. In the case of South Africa, this would be section 11(1), since this section determines the choice between common law and customary law.

The solution to the hypothetical problem is, therefore, as follows. In determining the preliminary conflict issue, namely, whether there is a conflict between customary law and the common law or between two systems of customary law, section 11(1) of the Act is to be applied. If it appears that customary law is applicable, no specific system of customary law is designated in the interpretation of that term. One is then faced with the second conflict issue – which system of customary law to apply, the plaintiff's or the defendant's. This takes the conflict problem back to category 4 as previously discussed. This problem may be solved by reference to section 11(2) of the Act or private international law.

6 CONFLICTS BETWEEN A FOREIGN SYSTEM OF COMMON LAW AND A DOMESTIC SYSTEM OF CUSTOMARY LAW

Conflicts in this category again suggest the preliminary problem of determining the nature of the conflict; in other words, how is one to ascertain whether the conflict involves a foreign system of common law or customary law. There is no problem in this regard, of course, if customary law is not recognised in the foreign state; but if the foreign state has a dual or plural legal system, the "double conflict" which must be taken into account becomes an issue. In order to determine whether the conflict is with a foreign system of customary law one would, initially, have recourse to the foreign internal choice of law rules just as, in South Africa, one had recourse to section 11(1) of the Black Administration Act.

If we were to take a hypothetical case again, where A, an African domiciled in Rhodesia, while in Johannesburg, entered into an engagement to marry B, an African girl, domiciled in South Africa, the conflict category could be determined in the following manner. Firstly, one would look to section 3(1) of the African law and Tribal Courts Act in order to determine whether a Rhodesian court would apply Rhodesian common law or customary law to the facts of the case. It might be found that they would apply the common law if the engagement were in respect of a civil or Christian marriage. Having thus established that a foreign system of common law is at issue, one would then be required to ascertain whether, in terms of section 11(1), South African common law or customary law were applicable

to the same facts. Depending on the result of this analysis, the conflict issue could then be subsumed in any of the conflict categories 3–6.

If we assume that the conflict is between a foreign system of common law and South African customary law, the question of the applicability of private international law again, of course, becomes relevant. Should the court be directed, in terms of private international law, to apply the foreign system of common law, there would be no problem; but if the choice of law rules referred to South African customary law, there would be no indication as to which system of customary law was applicable. Again, reference to section 11(2) of the Black Administration Act would appear to be necessary.[32]

The alternative to using the rules of private international law is to apply section 11(1) for the solution of this type of conflict problem. In terms of this section the court would be at large to apply the domestic system of common law or a foreign system of common law.

In summary, therefore, if a case before the court contains a foreign element (viz a factor suggesting connection with a foreign, territorially defined system of law), the following approach is suggested:

1 Determine the nature of the conflict issue:
1 1 refer to the foreign, internal choice of law rules and
1 2 section 11(1) of the Black Administration Act.
2 As a result of this analysis, the conflict problem may be subsumed under one of the categories 3 to 6.
3 If private international law is applied in order to determine the applicable legal system, reference will be necessary to a national system of law.
4 The internal choice of law rules contained within the chosen national system will indicate the appropriate system of customary law to be applied.

□

Nevertheless, for all the accuracy of its (the law's) vocabulary there seems to be a constant failure of communication within the realm of legal discourse.

Quoted by Mellinkoff The Language of the Law *229*

[32]Although difficulties can be foreseen with the application of section 11(2). In the absence of any agreement between the parties (which, presumably, need not be explicit), the court is directed to apply the law of the *defendant or respondent's* place of residence, business or employment. The role of the litigant as defendant is often a matter of chance. If the *plaintiff* were resident in South Africa, section 11(2) would appear to be inapplicable.

Misdade tussen gades

JMT Labuschagne

MA LLB DPhil LLD
Universiteit van Pretoria

SUMMARY

In this article the problems relating to sexual acts committed by one spouse against the unconsenting other as well as those related to intermarital property crimes, are identified and discussed.

It is submitted that the rule that a husband cannot commit rape on his wife should be abolished. The factual marriage (sexual partnership) should be taken as the starting point. If a factual marriage exists between the victim and the perpetrator, the matter should be referred to a family court to deal with it. All sexual acts against an unconsenting partner should be illegal – the prohibition should not be limited to sexual intercourse only and it should protect both spouses. If no factual marriage exists, irrespective of the fact whether the parties are legally still married or not, the general rules of criminal law and procedure should apply.

It is further submitted that if a husband destroys or damages or deprives his wife of her clothes or other necessities of life with the intention of harming or insulting her or a dependant, he should be legally liable. (The same must, of course, apply where it is the wife who is guilty of such conduct.) The question who is legally the owner of the property should be irrelevant.

Gepaardgaande met die radikale breër-sosiale verandering wat die vrou in die moderne tyd ondergaan, verander die aard van en die statusstruktuur binne die huwelik ook. Die vertikale statusstruktuur binne die huwelik begin juridies ook al hoe meer oorslaan na 'n horisontale: die vroulike ondergeskiktheid aan die man verander na eggenootlike statusgelykheid. Hierdie statusverandering van die vrou raak verskeie kante van die huweliksverhouding, onder andere die seksuele en die ekonomiese.

Genoemde statusverandering sny ook deur verskeie regsterreine, waaronder die strafreg. In hierdie artikel word ondersoek ingestel na die strafregtelike aanspreeklikheid van 'n gade vir geslags- en vermoënsmisdade teenoor die ander gade gepleeg.

GESLAGSMISDADE

Hier word hoofsaaklik aandag gegee aan die vraag of 'n man sy vrou kan verkrag; 'n vraag wat hedendaags 'n sentrale diskussie-onderwerp onder regswetenskaplikes is.

1 Histories

In die vroeëre fase van die Romeinse reg het die man 'n jus vitae necisque oor sy vrou gehad. Hieruit vloei voort dat hy haar nie kon verkrag nie.

In *D* 48 6 3 4 word bepaal: "Praeterea punitur huius legis[1] poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit." *D* 48 5 30 9 het 'n soortgelyke strekking: "Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae . . ." Sowel 'n man as 'n vrou kon derhalwe 'n per vim stuprum-[2] slagoffer wees.[3]

In *D* 48 6 3 4 word, deur die gebruik van die ongekwalifiseerde begrip "quemquam," die moontlike per vim stuprum-slagoffers so wyd gestel dat geargumenteer kan word dat dit gades insluit. Schulz[4] wat oor die klassieke Romeinse reg skryf, bevestig dié argument: "Legal duties as to sexual intercourse do not exist between husband and wife."

Dié benadering word nie in die Romeins-Europese fase van die ontwikkeling van ons gemenereg aangetref nie, klaarblyklik as gevolg van 'n sekere interpretasie van ter saaklike Christelike beginsels. De Groot[5] stel die onderliggende huweliksregsbeginsel soos volg: "Huwelick ofte echt is een verzameling van man ende wijf tot een gemeen leven, medebrengende een wettelick gebruick van malkanders lichaem."

Die beginsel is duidelik en daarom kon Damhouder[6] ook sê dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie, want hy het "vol Recht in den Persoon van sijnen Wijve daer hy Huwelijck mede gheconsummeert heeft."

Puttmann,[7] wanneer hy dit het oor die vraag wie verkragtingslagoffers kan wees, sê die volgende: "Virgo, an vidua, aut uxor fit aliena, nihil interest."[8] Brouwer[9] wys daarop dat 'n man wat met sy verloofde teen haar wil geslagsomgang het, as verkragter gestraf word.

'n Skeiding a mensa et thoro het samewoning tussen man en vrou opgeskort.[10] De Groot [11] stel dit soos volg: "De onlusten lang duirende werd oock wel by't gerecht toegestaan scheidinge van de by-woning, den echt-band blijvende, ende met verstand dat altijd wederom getracht moet werden tot vereeniging."

Die aard van dié skeiding impliseer die opskorting van die persoonlike gevolge van die huwelik. Daar kan hieruit afgelei word dat 'n man gedurende die bestaan van so 'n skeiding wel sy vrou sou kon verkrag.

---

[1]Dit is die lex Iulia de vi publica.

[2]wat 'n geweldsmisdaad was en dus nie presies ooreenstem met ons misdaad verkragting nie; per vim stuprum het ook nie slegs op natuurlike geslagsomgang geslaan nie.

[3]Vgl Mommsen *Römisches Strafrecht* (1899) 665; Rein *Das Kriminalrecht der Römer* (1844) 868.

[4]*Classical Roman Law* (1955) 115.

[5]*Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (1620) 1 5 1.

[6]*Pracktycke in Crimineele Sake* (1650) hfst 95 16. Vgl ook Groenewegen *De legibus Abrogatis* (Beinart se vertaling) Ad Inst 2 8 5.

[7]*Elementa Iuris Criminalis* (1802) 1 41 590.

[8]Vgl ook Boehmer *Meditationes in C C C* (1744) 119 3. Carpzovius *Verhandeling der Lyfstraffelyke Misdaden* (Van Hogendorp se verwerking en vertaling 1712) hfst 68 35 wys daarop dat as die dader met die slagoffer trou, die doodstraf verval.

[9]*De Jure Connubiorum* (Van Warmelo en Bosman se vertaling) 2 25 6.

[10]Vgl Voet *Commentarius ad Pandectas* (1707) 24 2 6; Brouwer 2 29; Van Bynkershoek *Quaestiones Juris Privati* (1744) 2 13; Van Leeuwen *Het Roomsch Hollandsch Recht* (1783) 1 15 3; Van der Linden *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* (1806) 1 3 9.

[11]1 5 20.

Onnatuurlike geslagtelike gemeenskap met 'n vrou, en selfs met jou eie vrou, was (aanvanklik?)[12] strafbaar.[13]

2 Positiefregtelike analise

Ter wille van probleemidentifisering en -bespreking word ook na die posisie in ander regstelsels verwys.

'n Man kan volgens die Suid-Afrikaanse positiewe reg nie sy vrou verkrag nie.[14] Hierdie reël is as uitgangspunt relatief algemeen.[15] In die Engelse saak *R v Clarke*[16] verduidelik regter Byrne:

> "As a general proposition it can be stated that a husband cannot be guilty of a rape on his wife. No doubt the reason for that is that on marriage the wife consents to the husband's exercising the marital right of intercourse during such time as the ordinary relations created by the marriage contract of the husband in such circumstances exists by virtue of the consent given by the wife at the time of the marriage and not by virtue of a consent given at the time of each act of intercourse as in the case of unmarried persons. Thus, the intercourse is not by virtue of any special consent, but is based on an obligation imposed on the wife by reason of the marriage."[17]

In dié verband is die volgende problematies:

(a) *Gewoonteregtelike huwelik van die Swartman*

Nieteenstaande die feit dat daar sekere taboes met betrekking tot geslagsomgang tussen man en vrou in die gewoontereg van die Swartman (hierna "gewoontereg" genoem) bestaan,[18] blyk dit tog dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie.

Van Warmelo,[19] wat oor die Venda skryf, meld dat 'n vrou wat weier om met haar man gemeenskap te hê, deur die ander vroue vasgedruk kan word sodat hy met haar geslagsomgang kan hê.

Ook uit 'n opmerking van Warner[20] kan afgelei word dat 'n man nie sy vrou kon verkrag nie: "The power of the husband over the wife is considered absolute in everything but taking her life."

Enige twyfel oor die vraag of 'n man sy vrou volgens die gewoontereg kan verkrag, word uit die weg geruim as gelet word op die besondere seksueel-funksionele posisie van die vrou in die tradisionele gemeenskapslewe. Die reproduksievermoë van 'n vrou het inderdaad ekonomiese waarde.

---

[12]Vgl *R v K en F* 1932 EDL 71 72.

[13]Vgl Damhouder hfst 96 3; Carpzovius hfst 69 15; Matthaeus *De Criminibus* (1661) 48 3 6 8.

[14]Vgl *R v Mosago* 1935 AD 32 34; *Gumede v R* 1946 1 PH H 68 (N).

[15]A 242 van die Nederlandse Strafwetboek lui soos volg: "Hij door geweld of bedreiging met geweld eene vrouw dwingt met hem buiten echt vleeschelijke gemeenschap te hebben, wordt, als schuldig aan verkrachting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren." Vgl ook a 177(1) van die Duitse Strafwetboek.

[16]1949 2 All ER 448.

[17]Vgl ook *R v Clarence* 16 Cox CC 511; *R v Miller* 1954 2 All ER 529.

[18]'n Man het bv nie geslagsomgang met sy vrou voordat haar kind gespeen is nie – *Mabilana v Gege* 1959 NAH 4 42(S).

[19]*Venda Law* II (1948) 273.

[20]in MacLean *A Compendium of Kafir Laws and Customs* (1851) 72.

Dit is vir haar reproduksievermoë waarvoor lobolo betaal word en deur lobolobetaling verkry die man aanspraak daarop.[21]

Hoewel die gewoonteregtelike huwelik nie uitdruklik deur ons howe as sodanig erken word nie, word sekere gevolge daarvan tog erken.[22] Ten aansien van geslagsmisdade word die volgende aangetref:

(i) Iemand wat met meer as een vrou 'n gewoonteregtelike huwelik sluit of met een van hulle 'n burgerlike huwelik, pleeg nie bigamie nie.[23]

(ii) 'n Gewoonteregtelike huwelik word nie vir doeleindes van aanverwantskapsbloedskande erken nie.[24]

(iii) In *R v Smit*[25] is S aangekla van oortreding van artikel 2(1) van wet 3 van 1916 naamlik dat hy geslagsomgang met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar gehad het. S en die vrou was getroud volgens "native custom." Regter Bok bevind:[26]

> "It is true the parties were not legally married, but nevertheless sexual intercourse between the partners in such a customary union according to native law and custom is not in South Africa regarded as illicit."

(iv) In *Gumede v R*[27] is 'n stamhoof (G) aangekla onder andere van onsedelike aanranding op sy vrou. Uit die kort verslag van die saak blyk dit nie volgens watter regstelsel G getroud was nie. Die feit dat G 'n stamhoof was, maak dit hoogs waarskynlik dat hulle gewoonteregtelik getroud was. Die hof bevind:

> "Although a husband cannot be found guilty of raping his wife, by reason of her consent in marriage, no wife agrees when she marries, that her husband may indecently assault her."

(v) In *R v Mane*[28] sê regter Hoexter ten aansien van die "thwala"-gebruik:

> "We wish to make it clear that a man, who forces a woman to have connection with him after a marriage ceremony which has taken place without her consent, commits the crime of rape."

Nieteenstaande die feit dat 'n gewoonteregtelike huwelik nie vir die doeleindes van alle geslagsmisdade as huwelik erken word nie, blyk dit tog dat 'n man nie verkragting ten opsigte van sy gewoonteregtelike vrou kan pleeg nie.

(b) *Skeiding*

In die Engelse saak *R v O'Brien*[29] sê regter Park:

---

[21]Vgl Ligthelm en Labuschagne "Die Vroulike Reproduksievermoë as Regsobjek in die Bantoereg" 1976 *De Jure* 318.
[22]*SANTAM v Fondo* 1960 2 SA 467 (A) 473.
[23]*Zonyane v R* 1912 EDL 361.
[24]*R v Tshipa* 1958 2 SA 384 (SR).
[25]1941 GWL 2.
[26]3.
[27]1946 1 PH H 68 (N).
[28]1948 1 SA 196 (OD) 199.
[29]1974 3 All ER 663 665.

"In my judgment, a decree nisi effectively brings a marriage to an end. Between the pronouncement of a decree nisi and the obtaining of a decree absolute a marriage subsists as a mere technicality. There can be no question that by a decree nisi a wife's implied consent to marital intercourse is revoked. Accordingly, a husband commits the offence of rape if he has sexual intercourse with her thereafter without her consent."

In *R v Steele*[30] is S onder andere aangekla van verkragting op sy vrou. Die feite van die saak was kortliks soos volg: S se vrou het hom kort na hulle huwelik verlaat en elders gaan woon. Sy was van plan om van hom te skei. Sy het ook 'n hofbevel verkry waarin S teenoor die hof onderneem het om haar nie aan te rand, te molesteer of hom andersins met haar te bemoei nie en om hoegenaamd nie met haar in verbinding te tree nie behalwe op 'n skriftelik ooreengekome wyse, en om nie haar verblyfplek te betree nie. S het egter nieteenstaande die genoemde hofbevel by sy vrou se verblyfplek ingebreek en sonder haar toestemming met haar geslagsomgang gehad. Regter Geoffrey Lane verklaar:[31]

"Here there has been no decree of the Court, here there has been no direct order of the Court compelling the husband to stay away from his wife. There has been an undertaking by the husband not to molest his wife. The question which the Court has to decide is this. Have the parties made it clear, by agreement between themselves, or has the Court made it clear by an order or something equivalent to an order, that the wife's consent to sexual intercourse with her husband implicit in the act of marriage, no longer exists? A separation agreement with a non-cohabitation clause, a decree of divorce, a decree of judicial separation, a separation order in the justices' court containing a non-cohabitation clause and an injunction restraining the husband from molesting the wife or having sexual intercourse with her are all obvious cases in which the wife's consent would be successfully revoked. On the other hand, the mere filing of a petition for divorce would clearly not be enough, the mere issue of proceedings leading up to a magistrates' separation order or the mere issue of proceedings as a preliminary to apply for an ex parte injunction to restrain the husband would not be enough but the granting of an injunction to restrain the husband would be enough because the Court is making an order wholly inconsistent with the wife's consent and an order, breach of which would or might result in the husband being punished by imprisonment.

What then of the undertaking in lieu of an injunction? It is, in the judgment of this Court, the equivalent of an injunction. It is given to avoid, amongst other things, the stigma of an injunction. Breach of it is enforceable by the Court and may result in imprisonment. It is, in effect equivalent to the granting of an injunction. Indeed, whether one considers this as equivalent to the order of the Court or the equivalent of an agreement between the parties, it does not matter. It may indeed have aspects of both. The effect is to eliminate the wife's matrimonial consent to intercourse. That is the judgment of the Court on that first point. Therefore, there is no bar to this man being found guilty of rape if the other ingredients of the offence are successfully proved by the prosecution."

S is egter op 'n ander grond onskuldig bevind.

In die Engelse reg onthef geregtelike skeiding 'n binne-egtelike "verkragtingshandeling" van sy regmatige karakter.[32] Ten aansien van die Nederlandse reg sê Remmelink egter:[33]

---

[30]65 Crim App Rep 22; bespreek in 1978 *Journal of Criminal Law* 84.

[31]25.

[32]*R v Clarke* 1949 2 All ER 448 449; *R v Miller* 1954 2 All ER 529 533.

[33]*Het Wetboek van Strafrecht* (verwerking van Noyon-Langemeijer se werk) 734 (vn 2).

"Vleselijke gemeenschap in echt kan natuurlijk nooit een ontuchtige handeling zijn. Het intieme echtelijk verkeer valt niet onder de strafwet, evenmin als het minnespel. Er kan dus geen sprake zijn van verkrachting wanneer de echtgenoot zijn wettige vrouw die tegenstribbelt ertoe dwingt met hem gemeenschap te hebben. Dit geldt in Nederland m.i. ook tussen echtelieden die van tafel en bed gescheiden zijn, zulks vanwege de woorden 'buiten echt' als bestanddeel van het delict."

Hahlo[34] doen aan die hand dat die Engelsregtelike reël, naamlik dat 'n man wel sy vrou gedurende die bestaan van 'n geregtelike skeiding kan verkrag, ook in Suid-Afrika toepassing vind. Daar is reeds op gewys dat die genoemde reël klaarblyklik ook in ons gemenereg bestaan het.

Die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie, hang gevolglik nie suiwer saam met die bestaan van die huwelik nie, want 'n geregtelike skeiding ontbind nie die huwelik nie.

Dit word egter problematies wanneer op die feit gelet word dat persone wat geregtelik geskei is wel owerspel kan pleeg.[35] 'n Man wat geregtelik van sy vrou geskei is, kan gevolglik net met haar toestemming regmatig met haar geslagtelik verkeer. Maar die doel van 'n geregtelike skeiding is juis om deur tydelike opskorting van die huweliksgevolge uiteindelik versoening te weeg te bring. Daar was drie moontlike oplossings vir dié probleem:

(i) dat 'n man wat geregtelik van sy vrou geskei is, haar nie kan verkrag nie; of

(ii) dat 'n man wat geregtelik van sy vrou geskei is, nie owerspel kan pleeg nie; of

(iii) dat geregtelike skeiding as regsinstelling afgeskaf word.

Ons wetgewer het, myns insiens tereg, die laasgenoemde moontlikheid gevolg.[36]

(c) *Nietige en vernietigbare huwelike*

"A marriage which is *null and void ab initio* produces none of the legal incidents of marriage."[37]

Is hierdie opmerking vir die doeleindes van aanspreeklikheid vir verkragting ook waar?

A en B is broer en suster. A is bewus van die feit dat B sy suster is. Die omgekeerde is egter nie waar nie.[38] A en B sluit vervolgens 'n "huwelik." A het geslagtelike gemeenskap met B sonder haar toestemming. Is A skuldig aan verkragting?

---

[34]*South African Law of Husband and Wife* (1973) 107.

[35]*Groundland v Groundland* 1923 TPA 217.

[36]a 14 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979; sien Barnard *Die Nuwe Egskeidingsreg* (1979) 101.

[37]Hahlo 478.

[38]Hierdie huwelik kan gevolglik 'n putatiewe huwelik wees. 'n Kind gebore uit so 'n huwelik sou dan wettig wees: Sien *H v C* 1929 TPA 992; *Ex Parte L* 1947 3 SA 50(K); *Bam v Bhabha* 1947 4 SA 798(A); *Ex Parte Soobia: in re Estate Pillay* 1948 1 SA 873(N); *Rampatha v Chundervathee* 1957 4 SA 483 (N); *Prinsloo v Prinsloo* 1958 3 SA 759(T); *Naicker v Naidoo* 1959 3 SA 768(D); *M v M* 1962 2 SA 114(GW). Sien in die algemeen Conradie "Putative Marriages" 1947 *SALJ* 382 ev.

Daar word in die lig van ons positiewe reg aan die hand gedoen dat A wel verkragting pleeg. A se "huwelik" met B het nie tot gevolg dat sy handeling nou regmatig is nie, want daar bestaan nie 'n huwelik nie. Aangesien daar nie regtens 'n huwelik bestaan nie, kan daar ook nie sprake wees van persoonlike gevolge voortvloeiende uit die "huwelieksluiting" nie.

Veronderstel A was nie bewus van die feit dat B sy suster is nie en inderdaad onder die indruk dat hy 'n geldige huwelik met B gesluit het. Sou hy dan nog skuldig wees aan verkragting? Voordat 'n persoon aan verkragting skuldig kan wees, moet hy myns insiens in die lig van ons positiewe reg bewus wees daarvan dat die slagoffer nie sy vrou is nie.[39] A behoort dus onskuldig te wees aan verkragting.

Die posisie is egter anders in geval van 'n vernietigbare huwelik, want so 'n huwelik is geldig totdat die hof dit nietig verklaar.[40] Hieruit kan afgelei word dat 'n man wat 'n vernietigbare huwelik met 'n vrou sluit, nie tydens die bestaan van die huwelik aan verkragting op sy vrou skuldig bevind kan word nie.

(d) *Onsedelike aanranding*

Soos reeds genoem het regter-president Hathorn in *Gumede v R* bevind dat 'n man sy vrou onsedelik kan aanrand. Hierteenoor staan hoofregter Innes se opmerking in *Socout Ally v R*[41] dat "rape is only the most aggravated form of indecent assault."[42]

Die vraag is: waar trek 'n mens die grens? Daar word aan die hand gedoen dat, in die lig van ons positiewe reg, 'n man slegs aan *aanranding* op sy vrou skuldig bevind behoort te word.[43] Die aard van die aanranding bly egter relevant vir doeleindes van straftoemeting.

(e) *Vertakkingsmisdade*

Die vraag is of 'n man die verkragtingsvertakkingsmisdade[44] ten aansien van sy vrou kan pleeg.

(i) Medepligtigheid

In die Engelse reg kan 'n man skuldig wees aan die "aiding and abetting" van 'n verkragting op sy vrou gepleeg.[45] Volgens ons gewysdereg kan 'n persoon wat nie binne die misdaadomskrywing val nie, as 'n medepligtige gestraf word.[46] In die lig hiervan is dit duidelik dat 'n man wat 'n

---

[39]Vgl *R v K* 1958 3 SA 420(A); *R v Z* 1960 1 SA 739(A) 745; Labuschagne "Strafregtelike Relevansie van Voorstelling en Realiteit" 1976 *De Jure* 270 273.

[40]Hahlo 482.

[41]1907 TS 336 338. Vgl *R v Dimane* 1940 TPA 372 373.

[42]Daar kan genoem word dat onnatuurlike konsensuele geslagsomgang tussen 'n man en 'n vrou nie meer in ons reg strafbaar is nie: *R v K en F* 1932 EDL 71 77; *R v N* 1961 3 SA 147(T); *R v M* 1969 1 SA 328(R).

[43]Stratenwerth *Schweizerisches Strafrecht* 318 wys daarop dat 'n man wat sy vrou tot geslagsomgang dwing in die Switserse reg aan "Nötigung" (aanranding) skuldig kan wees. Sien ook ten aansien van die Duitse reg Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* 1240.

[44]Vgl my artikel "Misdaadelementologie" 1977 *De Jure* 310 315.

[45]*R v Morgan* 1975 1 All ER 8; *R v Cogan* 1975 *Crim LR* 584 (met kommentaar).

[46]Vgl *S v Kellner* 1963 2 SA 435(A) 444.

ander help om sy vrou te verkrag, medepligtig is aan verkragting.[47]

(ii) Uitlokking

Kragtens artikel 18(2)(b) van die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 is iemand wat 'n ander uitlok, aanstig, beveel of verkry om 'n misdaad te pleeg, skuldig aan 'n misdryf. Hierdie artikel het ook betrekking op verkragting.

In *S v Nkosiyane*[48] sê appèlregter Holmes:

> "Hence it seems to me proper to hold that, in criminal law, an inciter, is one who reaches and seeks to influence the mind of another to the commission of a crime."

Hieruit vloei dan voort dat "the decisive question in each case is whether the accused reached and sought to influence the mind of the other person towards the commission of a crime." Mislukte sowel as geslaagde uitlokking is strafbaar.[49]

Hieruit is dit duidelik dat 'n man wat 'n ander uitlok, aanstig, beveel of verkry om sy vrou te verkrag, skuldig is aan die oortreding van genoemde artikel.

(iii) Sameswering

Artikel 18(2)(a) van die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 skep die misdaad sameswering. In *S v Alexander*[50] omskryf regter Van Heerden sameswering soos volg:

> "A conspiracy is an agreement between two or more persons to commit a crime. The parties to the agreement must be ad idem as to their object . . ."

Indien 'n eggenoot saamsweer met 'n ander dat iemand anders as hy (die eggenoot) sy vrou sal verkrag, kan hy (die eggenoot) in die lig van bogaande uiteensetting van die reg skuldig bevind word as 'n verkragting-samesweerder.

(iv) Begunstiging

Daar is geen reël wat verbied dat 'n man skuldig kan wees aan begunstiging ten aansien van 'n verkragtingsmisdaad wat op sy vrou gepleeg is nie.[51]

3 Prinsipieel-regspolitiese analise

(a) *Grondslag vir die bestaan van die onderhawige reël*

Waarom bestaan daar so 'n reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie? Daar bestaan verskeie moontlike redes of grondslae hiervoor. Die volgende kan onderskei word:

---

[47]Vgl *R v M* 1950 4 SA 101(T); *R v D* 1969 2 SA 591(RA) en Rabie 1969 *THRHR* 309 se bespreking daarvan.

[48]1966 4 SA 655(A) 658.

[49]Sien in die algemeen Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafreg* (LLD-proefskrif Unisa 1969) 355 e v.

[50]1965 2 SA 818(K) 821.

[51]Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* I 368 e v.

(i) Histories-sosiologies

Hiervolgens is die onderhawige reël van verkragting 'n oorblyfsel van 'n sosiale verskynsel van die verre verlede. In die 1977 *New York University Law Review*[52] word dit soos volg gestel:

> "The impossibility of convicting a husband for raping his wife is a natural outgrowth of traditional notions of married women and of the purposes behind rape laws. Rape laws developed at a time when a woman was considered the property of either her father or her husband. The purpose behind these laws was largely to insure her value as a sexual object for her husband or future mate. Thus viewed, a husband forcing sex on his wife was merely making use of his own property."

Dit herinner sterk aan die jus vitae necisque van die Romeinse reg en aan die posisie in die tradisionele reg van die Swartman van Suid-Afrika soos hierbo bespreek is.

(ii) Religieus

Die Christelike beginsel, of eerder 'n interpretasie daarvan, dat die man en die vrou een is, en die vrou aan die man onderdanig is, het duidelik ook aanleiding gegee tot die bestaan van dié reël.[53] In 1765 het die vermaarde Engelse regskommentator Blackstone gesê:[54]

> "... the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and cover she performs everything."

Hiervolgens kan 'n man nie sy vrou verkrag nie want dit sou daarop neerkom dat hy homself verkrag en dit is nie moontlik nie.

(iii) Juridies-konsensueel

Die meeste gewysdes uit die Anglo-Amerikaanse regstelsels gooi die onderhawige reël oor die boeg van die feit dat die vrou by huweliksluiting "consents to her husband's exercising his 'marital right of intercourse' whenever he wishes."[55] Omtrent die Amerikaanse reg sê die kommentator in die 1977 *New York University Law Review*:[56]

> "In fact, in the area of divorce, the law seems to contradict the consent fiction. Many divorces have been granted on the grounds of cruelty or indignities arising from excessive sexual demands by the husband. Although courts have usually required a showing that the demands resulted in injury to the wife's health, it is sometimes sufficient for her to show minimal mental disturbance. Some courts have even held that a husband has the duty of forbearance . . . at the reasonable request of the wife. In addition, courts have refused to grant husbands divorces on the ground that their wives refused to have sex with them."

Die feit dat van die veronderstelling uitgegaan word dat 'n vrou elke keer as haar man met haar geslagsomgang het, toestem, maak die juridies-konsensuele grondslag vir die verklaring van die onderhawige reël 'n fiksie en daarom verwerplik. As sy nie toestem tot geslagsomgang nie kan 'n juridiese konstruksie toestemming nie sinvol fingeer nie.

---

[52]"The Marital Rape Exemption" 306 310.
[53]Sien Efésiërs 5 24.
[54]*Commentaries* 442 aangehaal in 1977 *New York Univ L Rev* 310.
[55]1977 *New York Univ L Rev* 311.
[56]311–12.

(iv) Bewysregtelike problematiek

Daar word soms aangevoer, eerstens, dat dit moeilik is om binneegtelike verkragting te bewys en, tweedens, dat verkragtingsklagtes maklik deur die vrou gefabriseer kan word.[57] Hierop kan geantwoord word dat die meeste vereistes vir verkragting, veral die vereiste dat toestemming afwesig was, moeilik bewysbaar is en dat, aangesien 'n man sy vrou kan aanrand, sy, as sy mala fide is, net so maklik 'n aanrandingsklag as 'n verkragtingsklag kan fabriseer. Hierby voeg die kommentator in die 1977 *New York University Law Review* die volgende:[58]

> "Another major weakness with the fabricated charges rationale is its failure to recognize that rape prosecutions are often more shameful for the victim than the defendant. The stigma associated with such a sordid incident, the reluctance to face the insinuations of defense attorneys, and the fear of retaliation by the accused are powerful deterrents which have resulted in rape being one of the most underreported crimes. Thus, it is much more likely that the extraordinary woman who is bent on blackmail or revenge would choose a tactic which is less embarrassing for her and more likely to result in punishment for her purported assailant."

(v) Alternatiewe strafsanksies

Daar word soms ooreenkomstig die positiewe reg in verskeie lande aangevoer dat die vrou voldoende beskerming geniet teen gewelddadige geslagsomgang deurdat haar man wel aan aanranding skuldig bevind kan word. Scutt sê tereg hieroor:[59]

> "That a wife could bring a charge of assault against her husband in lieu of prosecution for rape was referred to as providing sufficient protection. However the objection here is that where an assault culminates in sexual penetration, it is rape; the law does not simplify matters by justifying the penetration yet ousting the acts which enabled penetration to take place."

(vi) Huweliksharmonie

'n Volgende rede wat soms aangevoer word waarom 'n man nie aan verkragting op sy vrou skuldig bevind behoort te word nie, is dat "intramarital rape prosecutions would prevent reconciliation and foster marital discord."[60] Hierop kom ek later terug.

(b) *Op weg na 'n oplossing*

(i) Afskaffing van die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie

---

[57] 1977 *New York Univ L Rev* 313 ev.

[58] 314–15.

[59] "Reform and the Law of Rape: Common Law and Continental Directions" 1978 *CILSA* 1 20. Sien ook 1977 *New York Univ L Rev* 316: "the argument that assault laws provide an adequate alternative remedy fails to come to grips with the real violation. The existence of rape laws in general is an implicit recognition that rape laws protect against a qualitatively different sort of harm than assault and battery laws do. In addition to bodily safety, rape laws protect a woman's sexual integrity and freedom of choice in an area of utmost intimacy. Furthermore, they protect women from permanent emotional repercussions and . . . psychological consequences . . . (which) are impossible to calculate. The fact that the rape occurs in a marital context does not affect the interests which are violated. Likewise, it should not affect the protection which is afforded. Fortunately, recent legislative action and judicial opinion have begun to recognize the weakness of the reasoning underlying the husband's immunity from rape prosecutions."

[60] 1977 *New York Univ L Rev* 315.

Livneh[61] wat 'n ondersoek gedoen het na die posisie in enkele ander regstelsels, wys daarop dat die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie in verskeie lande nie bestaan nie.

Artikel 117 van die Russiese strafkode omskryf die misdaad verkragting sonder uitsluiting van binne-egtelike verkragting. Omtrent die Russiese positiewe reg sê Livneh:

> "The law is indeed applied to the husband as to any other man. Russian courts and authors view any violation of sexual freedom as a violation of the right of self-determination, as an attack on the dignity of man, and thus on socialism itself. In view of socialist law marriage does not abolish the sexual freedom of women, and the husband has no right to compel his wife to have sexual relations with him."

Dieselfde geld in ander kommunistiese lande soos Pole en Tsjeggo-Slowakye.[63]

'n Soortgelyke benadering bestaan in die Skandinawiese lande.[64]

Ook in die VSA is die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie in enkele state afgeskaf.[65] In Delaware word verkragting nou in twee grade geklassifiseer:

(a) Verkragting is in die eerste graad as die slagoffer nie die vrywillige sosiale gesellin van die beskuldigde ten tyde van die misdaad was nie en hom nie voorheen geslagsomgang toegelaat het nie.

(b) Verkragting is in die tweede graad as die slagoffer en die beskuldigde getroud is of as sy hom voorheen geslagsomgang toegelaat het.

In Iowa kan 'n man skuldig bevind word aan seksuele misbruik ("sexual abuses") van sy vrou. Die kommentator in die 1977 *New York University Law Review* vat die tersaaklike reëls soos volg saam:[66]

> "There are three degrees of sexual abuse, only one of which exempts persons who are cohabiting as husband and wife and none of which exempt separated spouses. A husband living with his wife may be convicted if, during the act of sexual abuse, he causes the woman serious injury, threatens her with a deadly weapon, creates a substantial risk of death or injury, or is assisted by a third person. He, however, may not be charged with sexual abuse for an act merely done by force or against the will of the other. Thus, a husband living with his wife is still exempt from rape when the force stops short of deadly risk and no third person assists him."

(ii) Die feitelike huwelik as uitgangspunt

Weinig feite is meer aanduidend van die mens se natuurgebondenheid en -gerigtheid as die bestaan van verskillende geslagte. Die feitelike huwelik (geslagsmaatskap) vorm 'n basis vir menslike emosionele selfverwesenliking en daarom 'n basis vir sinvolle menslike beheersing van die natuur. Die feitelike huwelik moet enersyds meehelp tot die emosionele rypwording van die huweliksgenote, en andersyds dien as basis vir die latere emosionele

---

[61] "On Rape and the Sanctity of Matrimony" 2 *Israel L Rev* 415.
[62] 420.
[63] 421.
[64] 421; *New York Univ L Rev* 319.
[65] *New York Univ L Rev* 317.
[66] 318.

trankiliteit van die kinders. Die reg op emosionele trankiliteit (die reg om in vrede met jouself, jou medemens en die natuur te lewe) is miskien die mees basiese reg wat 'n mens kan hê. Die huwelik moet nie 'n struikelblok in die weg van emosionele trankiliteit wees nie, maar moet dit eerder koester en bevorder. Dit is juis op die seksuele vlak waar die huwelik maklik so 'n struikelblok kan wees en dan veral wanneer een van die partye onwillig is tot seksuele aktiwiteit. Daar moet onmiddellik toegegee word dat die grenslyn tussen konsensualiteit en afwesigheid daarvan in so 'n intieme verhouding soos die huwelik nie altyd maklik bepaalbaar is nie. Daar kan nietemin as uitgangspunt gestel word dat onvrywillige deelname aan 'n seksuele aktiwiteit nie regtens gesanksioneer behoort te word nie. Dit gaan myns insiens nie slegs om onvrywillige geslagsomgang nie, maar dit sluit ook ander seksuele aktiwiteite in. Dié beskerming geld ook vir albei huweliks-partye.

Aangesien die huwelik nie in eerste instansie 'n juridiese instelling is nie en dit derhalwe om iets meer basies as die reg gaan, kan die onderhawige probleem nòg sinvol nòg billik op 'n suiwer juridiese grondslag opgelos word. Die grondvraag in elke geval is of daar 'n feitelike huwelik ten tyde van die beweerde onwillige seksuele aktiwiteit bestaan het. Bestaan daar nie 'n feitelike huwelik nie, behoort die gewone reëls van die strafreg te geld, dit wil sê dat ook persone wat nog regtens getroud is maar nie meer in 'n feitelike huweliksverhouding staan nie, behandel behoort te word asof hulle nie getroud is nie.[67]

Die posisie word veel meer problematies as dit kom by daardie gevalle waar daar wel 'n feitelike huwelik[68] ten tyde van die pleeg van die gewraakte daad bestaan. As gevolg van die komplekse emosionele interaksies wat met die bestaan van 'n huwelik gepaard gaan en aangesien dit om sosiologiese en psigologiese redes nodig is om te poog om huwelike sover moontlik in stand te hou, word aan die hand gedoen dat die tradisionele geregshowe nie toegerus is om aangeleenthede van dié aard te bereg nie.

Daar behoort eerder gesinshowe in die lewe geroep te word wat beman behoort te word deur 'n regsgeleerde, 'n sielkundige of psigiater, 'n maatskaplike werker en/of verteenwoordigers van ander professies of beroepe wat te make het met die identifisering en oplossing van huweliksprobleme. Die gesinshof behoort egter 'n geregshof te bly met die bevoegdheid om ook straf op te lê. Die gesinshof behoort ook die bevoegdheid te hê om sekere gevalle na die gewone strafhowe te verwys, soos wanneer die onvrywillige seksuele aktiwiteit gepaard gegaan het met ernstige geweld. Die tradisionele strafregwetenskaplike is egter nie alleen opgewasse vir die probleem nie. Detailleiding moet deur psigoloë, sosioloë en ander wetenskaplikes wat nader staan aan die huwelik, gegee word.

---

[67]Sien Dworkin "The Resistance Standard in Rape Legislation" 18 *Stanford L Rev* 680 688 vn 41; Scutt 201.

[68]Of daar 'n feitelike huwelik bestaan het, moet van geval tot geval beslis word. Die feit dat partye saamwoon en onderling deelneem aan geslagsbevredigingshandelinge, is getuienis van die bestaan van 'n feitelike huwelik.

VERMOËNSMISDADE

1 Histories

As gevolg van die eerbaarheid wat aan die huwelik kleef, is die actio furti, omdat dit infamia meebring, nie in die Romeinse reg teen 'n persoon se gade toegestaan nie.[69] In so 'n geval kon slegs die actio rerum amotarum ingestel word. Mommsen sê hieroor:[70]

> "Der Diebstahl wird hierbei in personaler Beziehung ignorirt und auch der Klage darum die Bezeichnung gegeben als *actio rerum amotarum*. Der Thatbestand ist bei dieser Klage derselbe wie bei dem Furtum und auch die Rechtsfolgen des Delicts, von der Strafklage abgesehen, sind die gleichen."

Selfs indien die vrou voor die huwelik van haar man gesteel het, kon hy slegs die gesteelde goed terugvorder; die strafsanksie is nie teen haar in werking gestel nie.[71]

Die begrippe maritale mag ("mariti potestas") en gemeenskap van goedere ("bonorum communio") wat so sentraal by die diskussie van die onderhawige probleem staan, is nie van Romeinsregtelike oorsprong nie.[72]

Damhouder[73] wys daarop dat 'n "Huysvrouw" wat van haar man steel, nieteenstaande die feit dat sy diefstal pleeg, nie soos ander diewe gestraf word nie, "maar konnen van den Rechter naar gelegendheid van personen en zaken gebeterd werden, zoo als hen zulf zal goeddunken." Dieselfde geld vir die man. As die vrou egter die goed steel en dit aan die persoon met wie sy owerspel pleeg, gee "om met den zelben deur te mogen gaan" word sy strafbaar "aan den lijfe."

Groenewegen[74] voer aan dat die man as gevolg van sy maritale mag die bevoegdheid het om die vrou se goed teen haar wil te vervreem en te beswaar. Dit geld egter nie in die volgende gevalle nie: waar die maritale mag van die man spesifiek deur 'n huweliksvoorwaardeskontrak uitgesluit is, waar 'n boedelskeiding verkry is as gevolg van die onbehoorlike optrede van die man en hy in die openbaar verbied is om haar goed te vervreem, en waar die man sy maritale mag misbruik deur bedrieglik sonder regmatige rede sy vrou se afsonderlike goed of die gesamentlike goed aan 'n ander te skenk.[75]

Carpzovius sê oor die onderhawige probleem die volgende:[76]

> "Die ook, zo de diefstal groot zy, en de waerde van vyf Hongarische Dukaaten verre te boven gaa, noch met de galge, noch met andere lyfstraffe, maar met deeze of géene ligtere buytengewoone straffe, neem eens, gevangenisse, bannissement of geldboete, behooren te worden aangedaan. Want de eer des huuwelyks en de naauwe betrekking tusschen Ouders en kinderen heeft altyd zo gewigtig toege-

---

[69] *D* 25 2 2.
[70] 760. Sien ook Matthaeus 47 1 1 12.
[71] *D* 25 2 3 2.
[72] Stoney "The Marital Power" 13 *CLJ* 95 97.
[73] hfst 103.
[74] *Ad Inst* 2 8 5–7.
[75] Vgl ook Voet 23 2 54; Matthaeus 47 1 1 12; Van der Keessel *Praelectiones ad Ius Criminale* (Beinart en Van Warmelo se vertaling) 47 2 20.
[76] hfst 75 28.

scheenen, dat men van gedachten is geweest, dat hen geensins ter zaake van gepleegden diefstal eenige lyfstraf behoore te worden opgelegd."[77]

Hoewel die gewone strawwe nie opgelê is nie, blyk tog uit wat Damhouder en Carpzovius sê dat "huisdiefstalle" nie buite die regsanksie geval het nie.

2 Positiefregtelike analise

Gewysdes oor hierdie onderwerp is karig en wetenskaplike verwerkings daarvan nog kariger.

Die eerste gerapporteerde saak in dié verband is *R v Van Vliet* in 1892.[78] V is aangekla van brandstigting van sy en sy vrou se woonhuis. Die huis het oorspronklik aan sy vrou behoort, maar hulle is binne gemeenskap van goed getroud waarop dit toe in sy naam geregistreer is. Hoofregter De Villiers stel die regsposisie soos volg:[79]

> "By our law, where husband and wife are married in community of goods, the husband not only becomes the owner of half of the joint estate, but he has the sole administration of the whole estate, and can deal with it as he pleases, subject to the right of the wife to apply for an interdict if he squanders the property or otherwise derogates upon her rights. He may sell land belonging to the community, and if he were to spend the proceeds for his own personal benefit he could not be charged with the theft of the share which legally belongs to his wife. If he were wilfully to destroy a chattel belonging to the joint estate he could not be properly convicted of malicious injury to property. In the same way, if he burns down a house forming part of the joint estate of himself and his wife, he cannot, as the sole administrator and part owner of such joint estate, be properly convicted of arson."

In *Ramdhal v R*[80] sê regter Hathorn ten aansien van die aanspreeklikheid van die eggenote:

> "I hold the opinion that his wife might be convicted of theft of her husband's property, although married in community, especially of such property as would be wholly in the administration of the husband and in no way of apparel or things that a wife ordinarily uses, or even certain necessary articles of household furniture."

In *R v Sophia Edmonds*[81] is E aangekla van diefstal. Sy en haar man was binne gemeenskap van goed getroud. Hulle het egter deur onderlinge ooreenkoms vir 14 jaar afsonderlik gewoon, hoewel in dieselfde dorp. Haar man het vir haar maandeliks £6 se voorrade uit sy winkel gegee. Terwyl haar man weg was, het sy goedere ter waarde van £30 uit die winkel geneem. Sy is skuldig bevind aan diefstal.

In *R v Nobele*[82] is N onder andere aangekla van diefstal van goedere van haar man (Schoeman) met wie sy volgens die gewoontereg van die Swartman getroud is en in Albert gewoon het. Regter Gane sê:[83]

> "While the case of Rex v Ramdhal ((1915) N P D 505 at p 568) supports the view that a wife married in community of property may be convicted of theft of property

---

[77]Vgl Hoppius *Commentatio succincta ad Institutiones Justinianeas* (1746) 4 1 12 Commentarius; Moorman 3 3 2; Püttmann 1 28 441 443.

[78]9 SC 273. Sien my artikel "Die Strafregtelike Begrensing van Vuuraanwending" 1977 *De Jure* 48 57.

[79]275.

[80]1915 NPD 565 568.

[81]1926–27 GWL 51.

[82]1941 EDL 171.

[83]172.

wholly in the administration of her husband, I point out that in the Native Territories no wife shall be convicted of stealing, during cohabitation, the property of her husband: see Act 24 of 1886, sec 187. I think that, though Albert is not in the Native Territories, this case may well be treated in the spirit of the statute just quoted. I will not quash the conviction, as the magistrate suggests, but will allow it to stand, and alter the sentence to 'Reprimanded and discharged.' That will leave the conviction standing against the accused, who is not in the eyes of the law a duly married wife; but will allow Schoeman to escape the consequences of having to pay a substantial fine on behalf of the thief of his own property."

In *R v Njokweni*[84] is N daarvan aangekla dat hy swaelsuur op sy vrou se klere gegooi het as gevolg waarvan die klere gedisintegreer het. Die partye was volgens die gewoontereg van die Swartman getroud. Die Natalse afdeling van die hooggeregshof bevestig die skuldigbevinding aan saakbeskadiging omdat "according to the customs of the Myeni tribe (to which the parties presumably belong), the personal wearing apparel of a woman married according to native law is, as between herself and her husband, her own property notwithstanding the principle of native law that such a woman cannot, in general, own property at all."[85] In hierdie saak het die hof hom dus laat lei deur die spesifieke reëls van die stam waartoe die partye behoort het.

In *R v Monyane*[86] is M aangekla van brandstigting van die hut waarin hy en sy vrou gewoon het. Hulle was binne gemeenskap van goed getroud. Die hof bevind dat M as administrateur van die gemeenskaplike boedel nie aan brandstigting ten opsigte van enige gedeelte van die boedel skuldig bevind kan word nie. In *S v Seobi*[87] bevestig die Vrystaatse afdeling van die hooggeregshof dié beslissing.

In *R v Silas*[88] is S aangekla van diefstal van 'n romp en 'n handsak van sy vrou. Die partye was buite gemeenskap van goed getroud met insluiting van die maritale mag van die man, maar hulle het vir 2 jaar nie meer in dieselfde huis gewoon nie. S word onskuldig bevind.

In *S v Swiegelaar*[89] is S aangekla van saakbeskadiging. Hy het na bewering sy vrou se klere wat sy uit haar eie verdienste gekoop het, stukkend gesny. Hulle was binne gemeenskap van goed getroud. In navolging van die hierbo bespreekte sake word S in appèl onskuldig bevind.

In *S v Tlhoaele*[90] ondersoek hoofregter Hiemstra die rede waarom 'n man nie van sy vrou kan steel nie. Hy konkludeer:[91]

"The conclusion is that because of his marital power the husband cannot in law steal from his wife to whom he is married in community. His powers of administra-

---

[84] 1946 NPD 400. Sien ook *R v Nolayati* 1905 *SALJ* 92 waarin beslis is dat 'n vrou wat volgens die gewoontereg van die Swartman getroud is, skuldig bevind kan word aan die oortreding van a 236 van die BTPC, nl brandstigting ten aansien van goed wat aan haar man behoort.
[85] 403.
[86] 1954 2 PH H 114(O).
[87] 1974 1 SA 494(O).
[88] 1958 3 SA 253 (OD).
[89] 1979 2 SA 238(K).
[90] 1979 2 SA 328 (BH).
[91] 332.

tion place the goods at his disposal. If in a marriage by antenuptial contract the marital power has not been excluded, the husband will be in the same position. The wife, whether married in or out of community, can be guilty of theft if with the necessary *mens rea* she removes goods of which she is not the sole owner."

Volgens Hunt[92] het artikel 2(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 'n uitsondering op die algemene reël geskep deurdat die goed wat daarin genoem word onder beheer van die vrou geplaas word, en dat haar man dit derhalwe van haar kan steel. In *S v Tlhoaele*[93] gaan hoofregter Hiemstra van dieselfde veronderstelling uit. Artikel 2(1) bepaal soos volg:

"'n Man het nie die reg om sonder die skriftelike toestemming van sy vrou –

(a) besoldiging wat deur sy vrou se werkgewer verskuldig is of van hom toeval vir diens wat sy verrig het, te ontvang nie, of sulke besoldiging wat sy ontvang het, in besit te neem nie; of

(b) skadevergoeding wat aan die vrou toegeken is ten opsigte van persoonlike beserings deur haar opgedoen, te ontvang nie of sulke skadevergoeding wat sy ontvang het, in besit te neem nie; of

(c) 'n deposito wat in die Posspaarbank van die Republiek of by 'n bouvereniging of in enige rekening by 'n bankinstelling soos in artikel 1 van die Bankwet, 1965 (Wet Nr 23 van 1965), omskryf, op naam van sy vrou staan, te trek nie, of geld wat sy daaruit getrek het, in besit te neem nie; of

(d) aandele wat sy vrou in 'n bouvereniging besit, te vervreem of te verpand nie, diwidende op of die opbrengs van sulke aandele, te ontvang nie, of sulke diwidende of bedoelde opbrengs wat sy ontvang het, in besit te neem nie; of

(e) 'n bedrag wat betaalbaar is luidens 'n versekeringspolis wat sy vrou uitgeneem het om vir die opvoeding of bevordering van 'n kind van haar voorsiening te maak en die premies waarvan sy betaal het, te ontvang nie, of so 'n bedrag wat sy ontvang het, in besit te neem nie, of op enige wyse met die regte ingevolge so 'n polis te handel nie; of

(f) enige ambagsgereedskap of -werktuig waarmee sy vrou besoldiging verdien, te vervreem of te verpand nie."

In die Transkei kan gades ook nie van mekaar steel as hulle by mekaar woon nie. Artikel 187 van die BTPC[94] lui soos volg:

"No husband shall be convicted of stealing, during cohabitation, the property of his wife; and no wife shall be convicted of stealing, during cohabitation, the property of her husband; but whilst they are living apart from each other, either shall be guilty of theft if he or she fraudulently takes or converts anything which is by law the property of the other in a manner which in any other person would amount to theft."

In Duitsland is huis- of familiediefstal slegs op aanvraag vervolgbaar. Artikel 247 van hulle strafkode bepaal:

"Ist durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung ein Angehöriger oder der Vormund verletzt oder lebt der Verletste mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft, so wird die Tat nur auf Antrag verfolgt."

---

[92] *South African Criminal Law and Procedure* II 594.

[93] supra 329.

[94] Wet 24 van 1886(K). Vgl egter a 188: "Every one commits theft who, whilst a husband and wife are living together, knowingly (a) assists either of them in dealing fraudulently with anything which is the property of the other, in a manner which would amount to theft if they were not married; or (b) receives from either of them anything the property of the other, obtained from that other by such fraudulent dealings as aforesaid."

In Engeland word die aangeleentheid ook statutêr gereël. Artikel 30(4) van die Theft Act van 1968 bepaal soos volg:

> "Proceedings shall not be instituted against a person for any offence of stealing or doing unlawful damage to property which at the time of the offence belongs to that person's wife or husband, or for any attempt, incitement or conspiracy to commit such an offence, unless the proceedings are instituted by or with the consent of the Director of Public Prosecutions:
> Provided that –
> (a) this subsection shall not apply to proceedings against a person for an offence –
> (i) if that person is charged with committing the offence jointly with the wife or husband; or
> (ii) if by virtue of any judicial decree or order (wherever made) that person and the wife or husband are at the time of the offence under no obligation to cohabit; . . ."

Smith en Hogan[95] wys daarop dat een gade goedere van 'n ander kan steel ook as dit in gesamentlike eiendom aan die gades behoort.[96]

Uit 'n strafbewysregtelike oogpunt gesien, is artikel 195(1) van die Strafproseswet van toepassing. Dit bepaal naamlik dat die eggenoot of eggenote van die beskuldigde bevoeg maar nie verplig is nie om vir die vervolging getuienis af te lê waar die beskuldigde aangekla word van 'n misdryf teen die afsonderlike eiendom van sy of haar gade.[97]

3 Prinsipieel-regspolitiese analise

Uit bogaande bespreking blyk dit dat ons howe die aangeleentheid veelal oor die boeg van die maritale mag van die man gooi. Hoofregter Hiemstra verwys na die posisie as "unfair to the woman."[98] Hy wys egter daarop dat daar tog remedies soos boedelskeiding, die aanvra van 'n interdik of 'n bevel kragtens artikel 2(6)(d) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 1953 bestaan. Dit gaan dus hoofsaaklik om die vroegtydige inwin van regsadvies. Die vraag is egter of die remedies bevredigend en voldoende is.

Die volgende gevalle kan sigself voordoen:

(a) Die partye is binne gemeenskap van goed getroud met insluiting van die maritale mag.

(b) Die partye is buite gemeenskap van goed getroud met insluiting van die maritale mag.

---

[95] *Criminal Law* (1973) 500.

[96] Ten aansien van brandstigting in die Amerikaanse reg sê Clark en Marshall *A Treatise of the Law of Crime* 7de uitg par 13 11 die volgende: "Since, at common law, husband and wife are regarded as one person, the wife could not be guilty of arson by burning the husband's house; and it made no difference that she was, at the time, living apart from him. A husband is not guilty of arson by burning a dwelling house occupied by himself and his wife, jointly, though it may be her property; and it has been held that this rule is not affected by the married woman's acts in the different jurisdictions giving the wife the property owned or acquired by her, free from the control of the husband, but recent cases tend to the contrary." Vgl ook ten aansien van diefstal par 12 03.

[97] Kragtens a 195(1)(a) is 'n eggenoot of eggenote bevoeg en verpligbaar om getuienis vir die vervolging af te lê waar die beskuldigde aangekla word van 'n misdryf teen die persoon van die een of ander van hulle. Vgl in die algemeen Du Toit "Die Onbevoegdheid en Nie-verpligbaarheid van die Gade van die Beskuldigde as Staatsgetuie in Strafsake: 'n Juridiese Steen des Aanstoots" 1978 *THRHR* 431.

[98] *S v Tlhoaele* supra 332.

(c) Die partye is buite gemeenskap van goed getroud met uitsluiting van die maritale mag.

(d) Daar bestaan 'n feitelike huwelik sonder enige besondere juridiese goedereëling.

Soos blyk uit ons positiewe reg soos hierbo uiteengesit kan die man as gevolg van sy maritale mag nie 'n vermoënsmisdaad ten aansien van die goedere onder sy beheer pleeg nie. Die vrou kan wel sodanige misdade pleeg.

Soos genoem, gaan die man selfs skotvry uit as hy die vrou se klere vernietig of beskadig. Die sleutelvraag is: kan billikheid en regsinvolheid in die huweliksverband deur aanwending van streng regstegniese begrippe soos maritale mag, gemeenskap van goed en eiendomsreg bereik word?

Daar bestaan myns insiens 'n punt waar billikheid en regsinvolheid die grens tussen menslike gebondenheid aan lewensnoodsaaklikhede en waardigheid, aan die een kant, en maritale mag oor en eiendomsreg op goedere, aan die ander kant, laat vervaag en in mekaar laat vloei. Enige man wat sy vrou se klere of ander lewensnoodsaaklikhede beskadig, vernietig of haar dit ontneem met die bedoeling om haar of 'n afhanklike te benadeel of te verontwaardig, behoort myns insiens regtens tot verantwoording geroep te word. Die vraag aan wie van die partye die goed regstegnies behoort en wie beheer daaroor het, behoort nie ter sake te wees nie. Hierdie voorgestelde reëling behoort vir al vier die bogenoemde huweliksvorme te geld; en nie slegs ter beskerming van die vrou nie, maar in gepaste omstandighede ook ter beskerming van die man teen die optrede van die vrou. Origens is die bestaande positiefregtelike reëlings (strafregtelik en privaatregtelik)[99] basies bevredigend.

Vermoënsmisdade tussen gades behoort ook, soos hierbo ten aansien van geslagsmisdade genoem, in 'n gesinshof besleg te word en die vonnis behoort van so 'n aard te wees dat die "slagoffer" nie ook deur die vonnis benadeel word nie, of so min as moontlik benadeel word. □

Professionele (of 'tegniese') bekwaamheid veronderstel (gewoonlik) 'n bepaalde minimum kennis en/of kwalifikasie(s). Die omgekeerde is egter nie altyd waar nie . . .

Du Plessis Die Professionele Gedrag van die Juris *22*

[99]Sien my artikel "Strafregtelike Begrensing van Vuuraanwending" 1977 *De Jure* 48 58; vgl in die algemeen Van Oosten "Vermoënsmisdade tussen Eggenote: Enkele Opmerkings" 1979 *SASK* 114. Die strafbewysregtelike reëling behoort op een lyn met bogenoemde aanbevelings gebring te word.

Token maintenance

ID Schäfer

BA LLB
Rhodes University

The practice of awarding token maintenance to a divorced spouse is a fairly widespread one.[1] This practice stemmed from the fact that section 10(1) of the Matrimonial Affairs Act[2] was so interpreted as meaning that maintenance could only be granted to a divorced spouse when the divorce was obtained and not afterwards.[3] Prior to the passing of the Matrimonial Affairs Act in 1953 even an innocent spouse had no claim as of right to maintenance on divorce, except in terms of an agreement between the spouses.[4] The practice established by section 10(1) of the Matrimonial Affairs Act of awarding token maintenance would seem to have been continued by section 7(1) of the Divorce Act[5] which states:

> "A court granting a decree of divorce may in accordance with a written agreement between the parties make an order with regard to the division of the assets of the parties or the payment of maintenance by the one party to the other"

The award of maintenance is in the discretion of the court[6] and as a general proposition its award is governed by, inter alia, the following consideration:

> "Wat ook al die juiste basis moet wees waarvolgens onderhoud aan 'n onskuldige eggenote toegeken moet word in die geval waar egskeiding beveel word, kan so 'n eggenote . . . nie billikerwyse verwag nie om in dieselfde gunstige posisie geplaas te word asof sy nog die wettige eggenote van haar man is . . ."[7]

---

[1]For example, Vieyra J in *Lincesso* 1966 1 SA 747 (W) 750B mentions that token maintenance has been granted "in many unreported cases."

[2]37 of 1953. S 10(1) states that "The court granting a divorce may, notwithstanding the dissolution of the marriage – (a) make such order against the guilty spouse for the maintenance of the innocent spouse for any period until the death or until the remarriage of the innocent spouse, whichever event may first occur; or (b) make any agreement between the spouses for the maintenance of one of them, an order of court, and any court of competent jurisdiction may, on good cause shown (which may be a cause other than the financial means of either of the respective spouses) rescind, suspend or vary any such order."

[3]Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* 4th ed (1975) 445 and the authorities at n 111.

[4]*Schultz* 1928 OPD 155 and see Hahlo 13 n 65.

[5]70 of 1979. The Divorce Act came into operation on 1 7 1979 and s 7(1) supersedes s 10(1) of the Matrimonial Affairs Act.

[6]Hahlo 444 and the authorities there cited.

[7]Per Smit J in *Martins* 1959 4 SA 218 (O) 220C; see also *Lincesso* 1966 1 SA 747 (W) 748 and Hahlo 444 and the authorities cited at n 103.

It is clear, however, that this discretion is not to be exercised too generously,[8] nor is it to be construed too narrowly.[9]

Occasions do arise, however, and have arisen in the past, when at the time of suing for divorce the plaintiff spouse is unable to prove a real financial need for maintenance but the future circumstances are such that the need may well arise. How far in the future this need will arise is in a good many cases speculative but among the factors obviously to be taken into account are the age and state of health of the plaintiff as well as the plaintiff spouse's ability and/or capacity to obtain and/or retain gainful employment, and the duration of the marriage. It is submitted, however, that a review of the decided cases, which will be undertaken below, reveals that our courts have not been entirely consistent in their approach to the question of token maintenance.

One of the earliest reported South African decisions in which token maintenance was awarded, is the case of *Ford*[10] in which Milne JP referred with approval to the earlier Rhodesian decisions in *Van Jaarsveld*[11] and *Willis*.[12] It is respectfully submitted, however, that an analysis of the facts in these two Rhodesian cases reveals that the decision in both cases to award token maintenance was based on a moral duty to make provision for the plaintiff spouse's future maintenance rather than on a legal duty to do so. In *Van Jaarsveld* token maintenance was granted because the plaintiff wife was "well past middle-age" and it was feared that "her health might not always remain as it was," although it had been noted that she had supported herself "for the previous two or three years." There is nothing in the brief report of the judgment to indicate the duration of the marriage or the grounds upon which it was feared that the plaintiff wife's health might deteriorate. In *Willis* the plaintiff wife was 62 years of age and the husband 42 years. Although working and earning £60 (R120) per month, the wife was already above retiring age; she also had assets worth £1 000 (R2 000). For his part, the husband only earned £70 (R140) per month "but had many years ahead as a potential wage-earner." There is no indication of the duration of the marriage or of the state of the wife's health and no cases seem to have been cited by the court.

It is significant, however, to note that although token maintenance was granted in *Van Jaarsveld* two important points do emerge from the judgment of Beadle CJ. In the first place, Beadle CJ reiterated his "dislike for orders for token payments of maintenance" suggesting that they were "unrealistic." In the second place, Beadle CJ sounded the ominous warning that the person ordered to pay token maintenance "does face the prospect of having that token sum increased to a very much larger amount in the future should the circumstances of the parties change."

Returning now to *Ford*'s case Milne JP does not seem to have found

---

[8] *Van Wyk* 1954 4 SA 594 (W).
[9] Hahlo 444.
[10] 1965 1 SA 264 (D).
[11] 1961 2 PH B25 (R).
[12] 1963 2 PH B21 (R).

as a fact that the plaintiff wife required maintenance in the future. The sole motivation for the grant of token maintenance in *Ford* was expressed in the following words of Milne JP:

> "I deem it just, in this case, that I should make an order for the token payment of maintenance to be made by the first defendant to the plaintiff so that, if her financial position should deteriorate she will not have lost recourse to her erstwhile husband for relief, for under the section[13] the order may be varied on good cause shown."[14]

In *Ford* the parties had been married for just under 20 years, although the marriage was described[15] as being "not a very happy one." Apart from the length of the marriage there is nothing in the judgment to indicate whether the plaintiff was working or what her financial position was; but it was conceded[16] by her counsel that "in the present situation, the plaintiff is not in any need of a contribution from the first defendant for her maintenance."

The first judicial check on the ready willingness on the part of our courts to grant token maintenance orders is to be found in *Lincesso*.[17] In *Lincesso* the parties had been married for just over 7 years and, at the time of the divorce, were both still in their late twenties. The plaintiff had worked all her married life despite having had 2 minor children; her net income at the time of divorce was R96 while the husband earned a net income of R161 per month out of which he had to pay R40 per month as maintenance for his 2 minor children. On these facts, Vieyra J understandably had no hesitation in holding that the plaintiff wife was not entitled to any personal maintenance, token or otherwise. With specific regard to token maintenance Vieyra J did not feel that it had always been justified in the "many unreported cases."[18] To simply grant token maintenance in every case it is asked for would, in the judge's opinion, "be an abuse of the judicial function."[19] Vieyra J, however, did not close the door entirely against the award of token maintenance when he said:

> "I can . . . imagine that in some instances the court will be justified in granting a token payment because that is all that in the circumstances is justifiable and not merely because of an altruistic motive to circumvent the omissions of the Legislature."[20]

Although *Lincesso* can be seen as the first judicial check on an overwillingness on the part of our courts to grant token maintenance orders it is, nevertheless, difficult to determine precisely what Vieyra J meant by the phrase "because that is all that in the circumstances is justifiable." If the phrase means, for example, that the financial position of the plaintiff is such that all she needs by way of maintenance is R1 per annum[21] this surely would be ridiculous. For the courts to concern themselves with the granting

---

[13]s 10(2) Matrimonial Affairs Act, now replaced by s 8(1) Divorce Act 70 of 1979.
[14]265–266.
[15]266E.
[16]265D.
[17]1966 1 SA 747 (W).
[18]750B.
[19]750C.
[20]750D.
[21]the token amount awarded in *Stacey* 1976 4 SA 365 (W).

of orders for the payment of such small sums by way of maintenance would indeed "be an abuse of the judicial function."[22] Yet it is difficult to apply any other interpretation to this phrase.

The passage from the judgment of Vieyra J in *Lincesso*[23] was in fact cited and relied upon by Esselen AJ (as he then was) in *Stacey*[24] where the award of token maintenance in the sum of R1 per annum was justified because, inter alia, "such payment is all that in the present circumstances is justifiable."[25] It is difficult to appreciate that the wife's financial position was such that she only required financial assistance to the extent of R1 per annum! The fact of the defendant consenting to pay this token amount is, it is submitted, hardly reason enough for the court to exercise its discretion in favour of its grant,[26] more especially if there is no real financial need for it. In *Stacey* the parties, both of whom had been previously married, had only been married for 3 years. The plaintiff wife had 2 children by her former marriage, one of whom was still dependent upon her and in respect of whom she was receiving maintenance. On the other hand, the defendant had 3 minor children by his former marriage in respect of whom he was still paying maintenance. The plaintiff had always worked, both before and during her present marriage, and there is nothing in the judgment to indicate that her health was suspect or that she would be unable to continue in employment for much longer. Although the court cautioned itself against awarding token maintenance "merely because of an altruistic motive to circumvent the omission of the Legislature"[27] it is hard to justify its award on any other ground.

Despite the branding of token maintenance payments as "unrealistic" by Beadle CJ in *Van Jaarsveld*[28] Macaulay J had no hesitation in granting such an award in *Caesar*[29] in circumstances which are also difficult to justify. It may, at the outset, be mentioned that *Caesar*'s case is distinguishable from all the above referred to cases in that here it was the husband who sued for divorce and who was ordered to pay the defendant wife a nominal amount of maintenance in the sum of $2 per annum. Speaking of the defendant wife the judge had the following to say:

> "I can see no good ground for saying that it is just and equitable that the plaintiff [husband] should provide maintenance for the defendant. Her ability to do so for herself is high and she is now doing so and managing in a reasonable way. She can command a high salary and her health allows her to do so."

But, the learned judge indicated that the plaintiff had acknowledged a moral obligation to pay token maintenance "should age or health prevent her continuing to work."[30] On the facts of this case it is difficult to com-

---

[22]750C.
[23]750D.
[24]1976 4 SA 365 (W).
[25]372D.
[26]Cf *Nel* 1977 3 SA 288 (O) which is dealt with below.
[27]372C.
[28]supra n 11.
[29]1973 2 SA 760 (R).
[30]764E.

prehend the foundation upon which this alleged moral obligation was based. According to the plaintiff his wife had denied him conjugal privileges since at least 1965.[31] Furthermore, ever since 1969 the defendant wife would occasionally leave the matrimonial home without warning and on one occasion she returned with a caravan to live at the rear of the matrimonial home. In the circumstances, there should have been a greater hesitation on the part of Macaulay J to translate this so-called moral obligation into a legal one.

It is, of course, true, as Van Zijl J said in *Copelowitz*,[32] that

> "the parties [to a divorce action] are free to arrange between them any question in regard to the payment of maintenance and any agreement arrived at by them may be made an order of court . . . A guilty spouse may undertake to pay maintenance to an innocent spouse; an innocent spouse may undertake to pay maintenance to a guilty spouse;[33] a guilty spouse may undertake to pay maintenance to an innocent

---

[31]On the defendant's evidence the denial of conjugal rights had in fact commenced in 1959!

[32]1969 4 SA 64 (C).

[33]See also *Strauss* 1974 3 SA 79 (A). The argument that s 10(1)(b) of the Matrimonial Affairs Act (now s 7(1) of the Divorce Act) only refers to agreements in terms of which a guilty spouse undertakes to pay maintenance to the innocent spouse, and not to agreements in terms of which the innocent spouse undertakes to pay maintenance to the guilty spouse, was rejected by the appellate division (per Rabie JA 95F–G). To this extent the earlier decisions in *R v Bell* 1960 3 SA 716 (GW) and *S v Loubser* 1969 2 SA 652 (C) to the contrary were overruled. The alternative argument that even if the court had the power under s 10(1)(b) (now s 7(1) of the Divorce Act) to incorporate in its order an agreement in terms of which an innocent spouse agreed to pay maintenance to the guilty spouse, such order could not be rescinded, suspended or varied at the request of the guilty spouse without the consent of the innocent spouse, was also rejected (97C–D), and in this respect the earlier decisions in *Loubser* (supra) and *Copelowitz* 1969 4 SA 64 (C) 69E–F were overruled. See Barnard 1974 *THRHR* 415. In regard to the enforcement of maintenance orders under s 10(1) of the Matrimonial Affairs Act (now s 7(1) of the Divorce Act) Hahlo makes the following comment: "An order for the payment of maintenance under s 10(1) . . . may be enforced by proceedings under ss 11–13 of the Maintenance Act 23 of 1963. This, it would appear in the light of the appellate division decision in *Strauss* . . . extends . . . more particularly to an order directing the innocent spouse to pay maintenance to the guilty one" (447–448). It is respectfully doubted whether this conclusion is really supported by the decision in *Strauss* since at 95G Rabie JA unequivocally stated: "Ek spreek nie 'n mening uit oor die verdere beslissing in *Bell* en *Loubser* se sake oor die betekenis van 'onderhoud' in . . . art 11(1) van Wet 23 van 1963 . . . nie." It is, therefore, submitted that the appellate division has left open the question of whether a person failing to comply with a maintenance order can be prosecuted in terms of s 11(1) of the Maintenance Act where there existed no common law duty to maintain. The better view at present still seems to be that it is not possible to employ the criminal sanction for the enforcement of a maintenance order based on an agreement by an innocent spouse to pay a guilty spouse maintenance: *R v Blundell* 1943 TPD 146; *S v Van Rensburg* 1977 3 SA 53 (T) and Milton (assisted by Fuller) *South African Criminal Law and Procedure* vol 3 (1971) 784. The comments of the appellate division in *Strauss* (cf Hahlo 448) regarding the inappropriateness of the distinction between maintenance ex lege and maintenance ex contractu do not apply, it is submitted, to the question of whether it is proper to prosecute criminally under s 11(1) of the Maintenance Act a defaulter of a maintenance order which is based on an agreement by an innocent spouse to pay the guilty spouse maintenance. In this regard the provisions of s 9(4) of the Rhodesian Matrimonial Causes Act (ch 29) are more than instructive, namely: "The court granting a divorce may, notwithstanding the dissolution of the marriage, make any agreement between the spouses for the maintenance of one of them an order of court. If the court is satisfied that in the

> in circumstances in which the court would not have deemed it just to have made an order; and the maintenance agreed upon may also be considerably greater than any court would have ordered. The court will incorporate any of these agreements in a divorce order."[34]

But this does not mean that the courts will assume the role of being "mere rubber stamps."[35] It is submitted that this is especially the case where an innocent spouse undertakes to pay the guilty spouse token maintenance. Once made an order of court the agreement to pay maintenance is capable of being varied upwards,[36] with or without the consent of the innocent spouse. This is all the more reason why orders of the type granted by Macaulay J in *Caesar* should be resisted in the future.

By way of contrast to *Caesar* token maintenance was refused in *Nel*.[37] In *Nel* the parties had only been married for 10 months. There were no children born of the marriage and the plaintiff was still young and apparently in good health. As Smuts J said:

> "Hierdie is gevolglik nie 'n geval waar eiseres baie jare van haar lewe bestee het aan versorging van 'n gemeenskaplike huishouding en die kinders van die partye nie."[38]

After referring to *Ford*, *Lincesso*, *Van Jaarsveld* and *Willis* the learned judge (it is submitted correctly) rejected the argument that token maintenance should be awarded because the husband had not chosen to defend the action and that by implication he had agreed to pay whatever token amount the court may decide to award. On the question of token maintenance Smuts J said:

> "Na my mening kan die Hof 'n nominale bedrag onderhoud toeken wat tot gevolg sal hê dat 'n eiseres op 'n later geleentheid aansoek sal kan doen om 'n vermeerderde bedrag onderhoud, indien daar rede is om te glo dat sy in die toekoms waarskynlik onderhoud gaan benodig en dit bewys is dat dit in die omstandighede van die saak reg en billik is dat die verweerder dan voorsiening behoort te maak vir onderhoud vir haar, al is die eiseres in staat om haarself te onderhou op die datum waarop ontbinding van huwelik beveel word."[39]

This particular passage from the judgment of Smuts J was relied upon by Smalberger J in *Hurn*[40] where, it is submitted, the grant of token maintenance was properly awarded. In *Hurn* the plaintiff wife was rightly said (after 21 years of marriage to the defendant) to have given "the best years

---

circumstances the spouse who has agreed to pay the maintenance was under no legal obligation to do so, then the court when making such agreement an order of court shall further direct that the order to pay maintenance shall not be regarded as a maintenance order for the purpose of section 23 of the Maintenance Act 'ch 35' and thereafter the provisions of that Act shall not apply to such maintenance order." S 23 of the Rhodesian Maintenance Act ch 35, like s 11 of the South African Maintenance Act 23 of 1963, makes it a criminal offence to fail to comply with the maintenance order.

[34] 93–94.

[35] Hahlo 1969 *SALJ* 385 387 in a comment on *Copelowitz* entitled "Premium on Divorce." Hahlo cautions against the faint suggestion of Van Zijl J (supra n 33) that the court must, as opposed to may, incorporate such agreements in a divorce order.

[36] *Strauss* 1974 3 SA 79 (A).

[37] 1977 3 SA 288 (O).

[38] 290F.

[39] 290C–D.

[40] 1978 3 SA 252 (E).

of her life to defendant."[41] Although the plaintiff was in employment and apparently still in good health the court nevertheless found as a fact that the income she derived therefrom was insufficient to enable her to save "for her future needs should she be unable to continue in employment."[42] The court also found that she had no assets "which could be utilised for this purpose."[43] In all the circumstances, Smalberger J came to the conclusion that this was not a case where the purpose in applying for token maintenance was based on "an altruistic motive to circumvent the omissions of the Legislature in failing to provide for an award of maintenance other than at the time of divorce."[44]

Reliance was also placed on, inter alia, the passage from the judgment of Smuts J in *Nel*[45] by Friedman J in the most recent case in point, namely *Zeeman*.[46] After a review of the pertinent authorities Friedman J propounded the following principles to be applied to the question of token maintenance:

> "Firstly, token maintenance will not be ordered merely in order to overcome the legislative *lacuna* whereby the Court is prevented from ordering the payment of maintenance after divorce if no order has been made at the time of the divorce. If this were to constitute a ground for making an order for token maintenance, it could never be refused as it could not be said in regard to any plaintiff that he or she will never require maintenance in the future. Secondly, if the facts indicate that the plaintiff would ordinarily be entitled to maintenance but that she does not require maintenance at the date of the divorce, although she will probably require it at a later stage, the Court would be justified in exercising its discretion in her favour and ordering the payment of a nominal amount. Thirdly, if she would ordinarily have been entitled to maintenance, but her husband's financial position is such that he will be able to afford to pay maintenance only at a later stage, an order for token maintenance would also be justified."[47]

Expression has, of course, been given in the past to the first two principles. But this is the first occasion on which an emphasis has been placed on a future ability to pay as opposed to a future need to receive maintenance. It was in fact on this ground that token maintenance was ordered in *Zeeman*. The facts of this case reveal that the plaintiff wife was 39 years old at the time of the divorce action, that she had worked throughout her married life and was employed as a nursing sister at a salary of R366 per month, after deductions. The defendant, who was about the same age, was also employed in the nursing profession at a salary of R365 per month, after deductions, which in the near future was expected to rise to R400 per month. Out of this he was ordered to pay R50 per month for each of his 3 minor children. On these bare facts Friedman J rightly found that the plaintiff could not "substantiate a claim for maintenance."[48] But, in view of the fact that the defendant was advised, because of a back ailment, to seek employment on a ship where he would probably earn double his present

---

[41] 253D.
[42] ibid.
[43] ibid.
[44] 253A.
[45] supra n 38.
[46] 1979 2 SA 223 (C).
[47] 225E–G.
[48] 226C.

salary, the court ordered that he pay token maintenance at the rate of R1 per annum.

It is submitted that this is a dubious ground upon which to justify the grant of token maintenance. In *Zeeman* the defendant had not yet obtained a position on a ship and there was no indication of his prospects of obtaining such a position or when in the future such position might materialise.[49] At the most, the chance of obtaining such a position could only be construed as a vague possibility in the future. There can be no denying that formerly married people have the potential to improve themselves in more ways than one on divorce once they are freed from the burdens of an unhappy marriage. Why, it may be asked, should an ex-husband be faced with the disconcerting prospect (even years after the severing of the marriage tie) of an upward variation of token maintenance payable to his ex-wife simply because he has improved his employment after the divorce? The further question may be asked in relation to *Zeeman*'s case whether the defendant would have felt obliged to obtain employment on a ship had he still been happily married? It does seem that the plaintiff wife in *Zeeman* has, by the award to her of token maintenance, acquired the potential to enjoy a higher standard of living after divorce than when still married.[50]

It is submitted that the message to be gleaned from *Lincesso*, *Nel* and *Zeeman* is that our courts are going to be more cautious in future of simply performing the functions of a "mere rubber stamp"[51] and incorporate in the court order a provision for token maintenance that appears in every consent paper. This approach is, after all, the logical result of modern "womens liberation"[52] and the following words of Colman J in *Muller v Vink*[53] may well be relevant in the context of the present discussion:

> "The tendency with the passage of time and with the recognition of women as free agents rather than as chattels, has been for the courts to award lower amounts than were formerly thought appropriate, and it is my duty, while giving proper regard to the circumstances of the case before me, to fix an amount which is, within proper limits, in accordance with prevailing trends."

In other words, it is submitted that the award of token maintenance is less relevant in this modern day than before, save and except in exceptional cases as in *Hurn*.[54]

---

[49]that is apart from a reference (at 226B) that he had previously worked on a ship.

[50]It may be apposite to remind ourselves that the views expressed here have no relevance to the question of maintenance as and for one's minor children. Thus, it is trite that if the defendant in *Zeeman* should actually improve his financial position after divorce by the securing of better employment this would rightly be an important factor in determining the question of upward variation of maintenance payable in respect of his minor children.

[51]Hahlo supra n 35 387.

[52]Cf Hahlo supra n 3 444 n 108.

[53]1972 1 PH B2 (W). *Muller v Vink* concerned a divorce on the grounds of adultery coupled with a claim by the plaintiff wife for damages for insult and the loss of consortium.

[54]Although all the cases discussed in this article concern the award of token maintenance to a wife on divorce, it is submitted that there is in principle no reason why a husband should not, in appropriate circumstances, qualify for the award to him of token maintenance: cf *Lyons* 1923 TPD 345; *King* 1947 2 SA 517 (N) 522. In the recent Rhodesian

But, whether the courts are going to be in a position to heed this caution seriously and treat the award of token maintenance as the exception rather than the rule, is doubted. Our courts are confronted annually with, literally, thousands of consent papers, some more voluminous than others, which are incorporated in the final orders of divorce that are granted. It is possibly expecting too much of our already overworked judges to think that proper attention will be focussed on such clauses in each and every consent paper before the court. Such a clause concerning token maintenance is, after all, only a peripheral matter when compared with other more important clauses relating to, for example, the interests of the minor children of a marriage. One can only express the hope that legal practitioners will in future adopt a responsible approach to the question of whether or not to include a clause for token maintenance in a consent paper and, in particular, scrupulous efforts should be taken to avoid bringing pressure to bear on the unrepresented defendant spouse to agree to token maintenance as part of the price to be paid for freedom from an unhappy marriage.[55]

It is submitted that another important consideration to be taken into account in regard to token maintenance is that it tends to inhibit the ex-spouse, consciously or unconsciously, from saving up for the future. In this event, so it may be reasoned, there is always the right to apply for an upward variation – even years later when the other spouse has possibly remarried.[56] This can hardly be construed as being fair.

Whether token maintenance will have less relevance in the future is doubted. As stated above section 7(1) of the Divorce Act will still continue to allow the court a discretion to incorporate an agreement to pay token maintenance in the court order. The discretion whether to grant a token maintenance order in the absence of agreement will still remain with the "court granting a decree of divorce" except that now the court will be enjoined to have regard to inter alia, the following factors which are referred to in section 7(2) of the Divorce Act:

> "the existing or prospective means of each of the parties, their respective earning capacities, financial needs and obligations, the age of each of the parties, the duration of the marriage, the standard of living of the parties prior to the divorce, their conduct in so far as it may be relevant to the breakdown of the marriage, and any other factor which in the opinion of the court should be taken into account."[57]

---

appellate division case of *Heynes* 1978 4 SA 530 (RA) an attempt by the husband to obtain an order of token maintenance in his favour was held to be "not competent" because on the wording of s 9(1) of the Rhodesian Matrimonial Causes Act (ch 39) it was found that provision was made only for a wife to obtain maintenance on divorce and not vice versa. The wording of s 7(1) of the Divorce Act 70 of 1979, does not create the same difficulties for the South African husband on divorce.

[55]Cf Hahlo "To Divorce or not to Divorce" 1965 *SALJ* 285.

[56]and even where the ex-spouse in whose favour token maintenance has been awarded may be living with another person as husband and wife! Cf *Drummond* 1979 1 SA 161 (A).

[57]It is of more than passing interest to note the equivalent provisions of the Australian Family Law Act 53 of 1975 at s 75(2) where it is stated that the following factors are to be taken into account in proceedings with respect to maintenance:

"(a) the age and state of health of each of the parties;

(b) the income, property and financial resources of each of the parties and the physical

What does seem clear from the above, however, is that these factors, although by no means exhaustive, do indicate that before token maintenance will be awarded under the new legislation clear and cogent evidence will have to be adduced to persuade the court of the fairness of such award. There can be no question, it is submitted, of translating too readily a so-called moral obligation to pay token maintenance into a legal one as has happened in the past.

Despite the writer's dislike for token maintenance orders it is, however, conceded that its award is justified in exceptional cases as in *Hurn* and, accordingly, one cannot in all seriousness suggest its abolition. It is interesting though to compare our position with that in Australia where token maintenance awards are irrelevant since applications for maintenance may be made by an ex-spouse even after the marriage has been dissolved or annulled.[58] But the Australian Family Law Act 53 of 1975 does provide[59] that no such applications shall be made after 12 months of the date of divorce or annulment unless the court "is satisfied that hardship would be caused to a party to a marriage or to a child of the marriage if leave were not granted."[60] The Australian provisions in this regard have the merit that the courts there are unlikely to be seen in the position of "mere rubber stamps." □

---

and mental capacity of each of them for appropriate gainful employment;
(c) whether either party has the care or control of a child of the marriage who has not attained the age of 18 years;
(d) the financial needs and obligations of each of the parties;
(e) the responsibility of either party to support any other person;
(f) the eligibility of either party for a pension, allowance or benefit . . . ;
(g) where the parties have separated or the marriage has been dissolved, a standard of living that in all the circumstances is reasonable;
(h) the extent to which the payment of maintenance to the party whose maintenance is under consideration would increase the earning capacity of that party by enabling that party to undertake a course of education or training or to establish himself or herself in a business or otherwise to obtain an adequate income;
(j) the extent to which the party whose maintenance is under consideration has contributed to the income, earning capacity, property and financial resources of the other party;
(k) the duration of the marriage and the extent to which it has affected the earning capacity of the party whose maintenance is under consideration;
(l) the need to protect the position of a woman who wishes only to continue her role as a wife and mother;
(m) if the party whose maintenance is under consideration is cohabiting with another person – the financial circumstances relating to the cohabitation;
(n) . . . ;
(o) any fact or circumstance which, in the opinion of the court, the justice of the case requires to be taken into account."

[58]Nygh *Guide to the Family Law Act* (1975) 96.
[59]s 44(3).
[60]s 44(4).

Aantekeninge

TAKING ADVANTAGE OF A CORPORATE OPPORTUNITY – THE LEGACY OF BELLAIRS v HODNETT

INTRODUCTION

The law relating to fiduciary duties of directors has long intrigued lawyers interested in the niceties of company law. Take the following two instances:

(1) A company is formed with wide powers and objects granted to it in its memorandum of association. A director, who acquires the opportunity solely by reason of his membership of the board, is presented with a profit-making venture which is within the potential scope of the company's powers, and instead of offering it to the company he takes advantage of the opportunity for himself. Should he be called upon to account to the company for his profit?

(2) A company rejects an opportunity to embark upon a profitmaking venture and one of its directors, who acquires the opportunity by reason of his membership of the board, then takes it up and makes a profit. Should he be liable to account to the company?

THE FACTS OF BELLAIRS

In the recent decision of *Bellairs v Hodnett* 1978 1 SA 1109 (A) both these problems were considered. The facts in *Bellairs* were, succinctly stated, as follows: B and H were the sole beneficial shareholders in a company, Northcliff Township (Proprietary) Limited ("the company") which was the owner of certain immovable property (referred to as N15) and which subsequently acquired property adjacent thereto (referred to as N19). During the latter half of 1966 an opportunity of acquiring further land in Northcliff (referred to as N20) was presented to B. B decided not to acquire this property for the company but acquired it for himself. He subsequently developed N20 and sold it at a profit. The company contended that N20 should have been acquired by B on its behalf, that by failing to do so B had committed a breach of his fiduciary duties to the company and was liable to account to the company for his profit.

The second aspect of the company's claim related to a property referred to as Uhlenhorst. In this connection the company contended that Uhlenhorst was offered to the company, that B advised against its purchase and therefore the company did not buy it although it was suitable for township

development and the company had the necessary means, that B subsequently acquired the property for himself and was thus in breach of his fiduciary duties as a director of the company, and was liable to account for the profit derived from its acquisition.

THE RELEVANT LEGAL PRINCIPLES

Before proceeding to consider the appellate division's approach to these two problems, it is thought worthwhile to examine briefly some of the leading authorities on this branch of company law. In *Regal (Hastings) Limited v Gulliver* 1967 2 AC 134 144 the house of lords adopted the principle that if a director makes a profit by reason *only* of his position on the board, he should be called upon to account. In that case lord Russell of Killowen stated:

> "The rule of equity which insists on those, who by use of a fiduciary position make a profit, being liable to account for that profit, in no way depends on fraud, or absence of bona fides; or upon such questions or considerations as whether the profit would or should otherwise have gone to the Plaintiff, or whether the profiteer was under a duty to obtain the source of the profit for the Plaintiff, or whether he took a risk or acted as he did for the benefit of the Plaintiff, or whether the Plaintiff has in fact been damaged or benefited by his action. The liability arises from the mere fact of a profit having, in the stated circumstances, been made. The profiteer, however honest and well-intentioned, cannot escape the risk of being called upon to account."

A second, and it will be submitted, a fundamentally different approach to the problem was adopted by lord Upjohn in a dissenting judgment delivered in *Phipps v Boardman* 1967 2 AC 46 123 124. In that case Lord Upjohn stated:

> "Rules of equity have to be applied to such a great diversity of circumstances that they can be stated only in the most general terms and applied with particular attention to the exact circumstances of each case. The relevant rule for the decision of this case is the fundamental rule of equity that a person in a fiduciary capacity must not make a profit out of his trust which is part of the wider rule that a trustee must not place himself in a position where his duty and his interest may conflict . . . The phrase 'possibly may conflict' requires consideration. In my view it means that the reasonable man looking at the relevant facts and circumstances of the particular case would think that there was a real sensible possibility of conflict; not that you could imagine some situations arising which might, in some conceivable possibility in events not contemplated as real sensible possibilities by any reasonable person, result in a conflict."

The two approaches just referred to are, it is submitted, fundamentally different: the approach of lord Russell would hold a director liable to account merely by reason of a profit having been made, without considering whether the interests of the director conflicted with those of the company. On the other hand the approach adopted by lord Upjohn would only hold a director liable to account if a conflict arose between his personal interests and those of the company. It is submitted that the latter approach is the sounder: unless the opportunity presented to the director is similar to the actual or potential business of the company, it is difficult to see how his taking advantage of that opportunity can be said to be a breach of his fiduciary duties to the company. To illustrate, suppose a company is formed as a property development company. At a meeting of directors or even in dis-

cussions with other directors, A, a director, hears about an ice-cream factory for sale. Surely he commits no breach of his fiduciary duties if he explores this opportunity on his own and then makes a profit? Suppose, instead of exploring the opportunity himself, A introduces it to a third person at a commission. Is he liable to account to the company for this commission? Surely the answer must be no. Similarly, suppose a director gains "inside information" about a competitor at a directors' meeting and he trades profitably in the competitor's shares on the stock exchange, should he be liable to account for this profit to the company (questions of "inside information" aside)? It is thought not. The nexus between the venture and his position on the board is, in these circumstances, purely fortuitous: had he not been on the board he would not have acquired the information, but he does not, it is submitted, commit a breach of his fiduciary duties in these circumstances. It follows that to hold the director accountable *merely* by reason of a nexus between his position on the board and the acquisition of the information, is not sound. Something more is required. It is thought that the dictum of lord Upjohn provides the correct answer.

THE COURT'S APPROACH IN BELLAIRS

Returning now to *Bellairs*, the court, in relation to the N20 claim, adopted the second of these two approaches. In regard to this claim the court found that the scope of the company's business, as determined by B and H, was the development of N15 and subsequently the development of N19. The court was accordingly of the view that any duties of a fiduciary nature which B owed to the company related to the operations of the company within the scope of its business, and did not extend to transactions beyond that scope. Accordingly, the court found that it could not be said that B committed a breach of his fiduciary duties and thus was not liable to account to the company in respect of the profit derived from his acquisition and subsequent disposal of N20.

In determining the scope of the company's operations, the court was concerned with those operations *as determined by B and H* and was not concerned with the wide powers given the company in its objects clause. In this regard the court stated (1128F–H):

> "That the Company has the power according to its memorandum to acquire further property is of *no importance*. The practice is usually to endow a company with wide powers in its memorandum in case they might be needed in the future. On this particular aspect we are not concerned with the cold print of the memorandum but with what business the Company was actually carrying on or intended to carry on at that time as determined and agreed upon by its shareholders and directors, Bellairs and Hodnett (cf. *Malone Trust v. Secretary for Inland Revenue*, 1972(2) S.A. 819 (A.D.) at p. 826A–D)" (emphasis added).

Malone Trust v Secretary for Inland Revenue was a tax case. There the appellate division was concerned with the intention of a taxpayer company with respect to the disposal of an asset, whether the asset had been acquired with the intention of disposing it at a profit thereby rendering the resultant proceeds gross income and subject to tax. Trollip JA specifically related his statement that undue weight should not be attached to a company's objects clause, to the context of a company's intention with respect to the acquisition

and subsequent disposal of an asset. Indeed the two authorities relied upon by the judge were also tax cases where the only issue was an intention of this nature. That in this context, the "cold print" of a company's memorandum of association is of little significance, cannot be doubted. But can (or should) the same be said when dealing with the problem of a director's fiduciary duties? It is accepted that at the time N20 was acquired by B, the actual scope of the company's operations was the development of N15 and N19. But surely this was purely fortuitous: the main object of the company was the acquisition of property and the development and utilization thereof in the manner decided upon by the company. Suppose every time further property was offered to the company, B merely bought it for himself without offering it to the company. In such a case it is difficult to see how the scope of the company's operations would ever have been extended, and if the court's approach was correct, B could have in this way, and without fear of being called upon to account, made a huge profit for himself at the expense of H and the company. Furthermore, all B would have had to do so as to ensure that he never be called upon to account, would have been to consistently refuse to "extend" the scope of the company's operations beyond its initial acquisitions. It is submitted that this cannot be correct.

If the aforegoing argument is accepted, it follows that the court was correct in considering B's liability to account in the context of a conflict between his personal interests and those of the company. But, it is submitted, in determining this issue the court should not have ignored the company's objects clause as it did. In my view the acquisition of N20 was directly within the potential scope of the company's operations. By taking personal advantage of the opportunity presented, B placed himself in a position where his duty to the company and his personal interests came into conflict, and he should have accounted to the company for his profit.

In regard to the Uhlenhorst transaction the court approached the problem in similar fashion. The court referred to the fact that the trial court had not found it established that Uhlenhorst had first been offered to the company, and then stated (1134B–D):

> "However, in view of the principles discussed in respect of the claim relating to N.20, there appears to be a simple answer to the present claim. The joint venture of Bellairs and Hodnett, and accordingly the scope of the Company's business, was limited to N.15 and N.19. It could not be expanded except by further agreement between Bellairs and Hodnett. There was no duty whatsoever upon Bellairs to enter into such an agreement. He was therefore entitled to refuse to enlarge the scope of the business and later to accept the offer when made to him. The cross-appeal therefore fails."

It seems evident that, in the view of the court, even assuming that Uhlenhorst had been offered to the company and that B had advised against its acquisition, the fact that its acquisition and development was beyond the actual scope of the company's operations, was the decisive factor. Once this was so, the fact that B had advised against its acquisition by the company and had acquired it for himself at a profit, was not relevant.

The court's approach regarding N20 has already been considered However quite apart from this, it is thought that B should have been called upon to account to the company in respect of the Uhlenhorst transaction.

Surely if a director acquires knowledge of a profit-making venture at a directors' meeting, recommends that the company does not accept the opportunity and then acquires it for himself, he is placing himself in a position where his personal interests conflict with those of the company. It seems that in these circumstances and even if the court's finding in relation to N20 was right, the decisive factor was the actual conduct of the director in acquiring for himself a profit which, qua director, he deliberately refused on behalf of the company. Such conduct would, it is thought, render him accountable to the company for his profit.

CONCLUSION

In conclusion, it is thought that the judgment of the appellate division, in relation to the aspects considered in this note, was wrong. Both in relation to the N20 transaction and Uhlenhorst, B placed himself in a position where his personal interests conflicted with those of the company and by placing his own interests above those of the company, he was acting in breach of his fiduciary duties towards the company. It is respectfully thought that B should have been called upon to account in respect of both transactions.

BERNARD J CARTOON
Johannesburg

DIE VERMOEDE VAN DOOD – NUWE EN OU REG

Die nuwe Wet op die Ontbinding van Huwelike by Vermoede van Dood 23 van 1979 het 'n belangrike wysiging aangebring in die Suid-Afrikaanse reg. Waar die bevel van 'n vermoede van dood voorheen nooit die effek gehad het dat 'n huwelik ontbind word nie, is dit nou moontlik. Artikel 1 bepaal dat enige provinsiale of plaaslike afdeling van die hooggeregshof wat 'n bevel uitvaardig ingevolge waarvan 'n getroude persoon vermoed word dood te wees, by die uitvaardiging van daardie bevel of ten enige tyd daarna, kan beveel dat die huwelik geag word deur die dood ontbind te wees. Die bevel word op aansoek van die gade van die betrokke persoon toegestaan. Die datum vanaf wanneer die huwelik so geag word ontbind te wees, word deur die hof vasgestel. Die effek van so 'n bevel is dat die huwelik in hierdie omstandighede vir alle doeleindes geag word deur die dood ontbind te wees.

Dit is interessant dat die bewoording wat gebruik word, bepaal dat die hof so 'n bevel ten aansien van die geldigheid van die huwelik "kan" maak. Verder bepaal artikel 1 dat so 'n bevel nie outomaties gegee word nie, maar op aansoek van die agtergeblewe gade. Dit lyk asof die "kan" 'n "moet" behoort te wees, aangesien dit moeilik is om 'n geval voor te stel waar die hof 'n vermoede van dood sal uitspreek, maar 'n bevel kan weier dat 'n huwelik geag word deur die dood ontbind te wees. 'n Vermoede van dood word juis uitgespreek op grond van die feit dat die persoon wat ter sprake is, waarskynlik dood is. Dit sal in die praktyk vanselfsprekend gebeur dat 'n bevel gemaak sal word waardeur die huwelik geag word deur

die dood ontbind te wees. Daar kan aan geen grond gedink word waarop die regter kan weier om 'n bevel ter ontbinding van die huwelik te maak nie.

'n Verdere interessante vraag is of dit net die agtergeblewe gade is wat 'n belang het in die vernietiging van die huwelik. Meesal het die agtergeblewe gade die grootste belang omdat die vraag na 'n volgende huwelik ter sprake is. Dit is egter ook moontlik dat minderjarige kinders 'n belang het by die bevel ten aansien van die huwelik.

Die vermoede van dood, soos dit tot dusver bestaan het, het net vermoënsregtelike gevolge gehad. Die agtergeblewe gade kon nie weer trou tensy 'n egskeiding verkry is nie. (Vgl PJJ Olivier *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* (1975) 39–40 en PQR Boberg *The Law of Persons and the Family* (1977) 28.) Aangesien die persoon wat verdwyn het nie dood is nie, bly sy of haar familieverpligtings voortbestaan. Daarom bly die verdwene persoon getroud en, indien hy manlik is, ook die voog van sy minderjarige kinders. Die moontlikheid bestaan dus dat daar in gevalle waar daar 'n vermoede van dood ten aansien van die vader uitgespreek is, regshandelinge deur die kind aangegaan kan word met net die bystand van die moeder wat in die waan verkeer dat sy daartoe geregtig is. Dit kan daartoe lei dat situasies soos in *Edelstein v Edelstein* 1952 3 SA 1 (A) kan ontstaan, en dat die betrokke regshandelinge jare later vernietig kan word.

Die implikasie hiervan is dat daar ook ander persone benewens 'n agtergeblewe gade is – veral 'n minderjarige kind – wat 'n belang kan hê by die verklaring dat die huwelik ontbind is. Indien die huwelik ontbind word, sal die vrou die voogdy oor die minderjarige kinders verkry. Gestel dat die vrou nie belangstel, om watter rede ook al, dat die huwelik as ontbind verklaar word nie, of dat sy net nooit sover kom om so 'n bevel aan te vra nie. In so 'n geval kan daar vir die kinders probleme ontstaan, hoewel die waarskynlikheid van so iets nie groot is nie. Om die posisie te verlig word aan die hand gedoen dat die artikel gewysig word om aan enige belanghebbende persoon die bevoegdheid te gee om aanspraak te kan maak op die ontbinding van die huwelik.

Artikel 2 bepaal dat waar die verrigtinge van 'n geregtelike doodsondersoek ingevolge artikel 18 van die Wet op Geregtelike Doodsondersoeke 58 van 1959 deur 'n hoër hof of regter hersien word en die dood vermoed word, 'n huwelik, indien enige, geag word deur die dood ontbind te wees vanaf die datum van die bevinding. Interessantheidshalwe kan opgemerk word dat die huwelik hier outomaties geag word deur die dood ontbind te wees. Daar is geen rede waarom artikel 2 in wese van artikel 1 behoort te verskil nie en is dit 'n verdere argument waarom artikel 1 gewysig moet word om ook outomatiese beëindiging van die huwelik tot gevolg te hê.

Wat die vermoënsregtelike gevolge van die nuwe vermoede van dood betref, bly die posisie soos dit tot dusver was. Daar bestaan 'n geringe kans dat die "oorledene" sal opdaag en sy bates sal steeds verdeel word *asof* hy dood is, en nie soos wanneer 'n persoon werklik dood is nie.

Die ontbinding van die huwelik op hierdie wyse breek skerp met die gemenereg en dit is interessant om die geskiedenis daarvan na te gaan. Die Romeinse reg soos opgeteken in die *Corpus Iuris* het geen algemene bepa-

lings in hierdie opsig gehad nie. Wat van verdere belang is, is dat die tekste wat daar bestaan oor hierdie onderwerp nie gerig was op die vermoënsregtelike gevolge van 'n lang afwesigheid nie, maar op die bevoegdheid van die agtergeblewe gade om 'n volgende huwelik aan te gaan.

D 24 2 6, 'n teks wat verdink word van grootskaalse interpolasies, bepaal dat indien 'n vrou nie seker is of haar man wat deur die vyand gevang is nog in gevangenskap leef en of hy reeds dood is nie, sy na die verstryking van vyf jaar sedert hy gevange geneem is, weer kan trou. *D* 48 5 12 12 (wat eweneens verdag is) handel oor owerspeliges en hoe hulle gestraf moet word. Die vraag ontstaan wat gebeur met 'n vrou wat gehoor het dat haar man dood is en sy daarna met 'n ander getroud is. Die man daag weer op. Die antwoord is dat indien sy 'n lang tyd gewag het sonder dat swak sedelike gedrag teen haar bewys kan word, en asof die eerste huwelik ontbind is 'n wettige tweede een aangegaan het, sy nie gestraf moet word nie. Hierdie teks is dus nie gesag vir die standpunt dat die tweede huwelik geldig is nie.

Hierdie posisie het nie onveranderd gebly nie. In 337 nC beveel keiser Konstantyn (*C* 5 17 7) dat die vrou van 'n soldaat wat vier jaar lank niks van hom gehoor het nie en weer wou trou, nie skuldig is aan 'n misdryf nie, mits sy haar man se offisiere uitgevra het en in die openbaar verkondig het dat sy van plan was om weer te trou. Hierdie teks sluit aan by *D* 48 5 12 12 deurdat die lang tyd nou vasgestel word as vier jaar. Dit bring egter 'n verbetering in die posisie mee deurdat die tweede huwelik in hierdie omstandighede nou geldig is.

Justinianus verander weer die posisie in sy *Novellae*. *Nov* 22 7 handel oor die geval waar die man gevange geneem is en die vrou agterbly of die vrou gevange geneem is en die man agterbly. As dit seker is dat die gade nog in gevangenskap leef, moet die bestaande huwelik in stand gehou word. As dit egter onseker is wat die posisie van die gevangene is, moet daar vyf jaar gewag word, waarna 'n volgende huwelik sonder enige beletsel aangegaan kan word.

In *Nov* 22 14 gaan Justinianus terug op *C* 5 17 7 pr: "vehementer autem nobis immature habere illa constitutio videtur"! Die rede vir 'n nuwe reëling is dat die ontbering van 'n vrou aan haar man in oorlogstoestande nie minder is as dié waar hy deur die vyand gevange geneem is nie. Nou moet daar tien jaar lank gewag word.

Die laaste novella wat ons raak, is *Nov* 117 11. Alle persone wat op 'n militêre ekspedisie is, moet hulle vrouens onderhou, selfs al het hulle geen tyding van hulle gehad nie. As 'n vrou verneem dat haar man dood is, kan sy nie sonder meer 'n volgende huwelik aangaan nie. Sy moet eers sy offisiere raadpleeg om vas te stel of hy werklik dood is. Hierna moet daar eers een jaar verloop waarna sy in die huwelik kan tree. Daar word niks gesê van tydsbepalings nie.

In die Middeleeue was die *Corpus Iuris* die basis van die regswetenskap. Weens die skolastiese aard van die aktiwiteite van die juriste het hulle in die absolute waarheid van hulle bron geglo, sowel as in dié van elke teks daarvan. Daarom is elke deel van 'n teks as die absolute waarheid beskou. Indien tekste om verskeie redes gebots het, is dikwels geglo dat die verskil alleen

oënskynlik was. Uit die aard van hulle skolastiese eksegese is historiese perspektief of relatiwiteit van verskillende situasies dikwels oor die hoof gesien. Waar die klassieke Romeinse reg hoofsaaklik kasuïsties was, het die Middeleeuers algemene afleidings probeer maak uit die kasuïstiek.

In hulle rangskikking van die *Corpus Iuris* het die geleerdes 'n aantal tekste uit die *Novellae* in aangepaste vorm by ooreenkomstige *Codex*-titels ingelas. Hierdie insetsels staan bekend as "authenticae." Een hiervan is die verwerking van *Nov* 117 11, wat ná *C* 5 17 7 ingevoeg is as die "authentica hodie" (na aanleiding van sy eerste woord). Indien ons die glosse en kommentaar op die verskillende bogenoemde tekste ondersoek, blyk dit dat die Middeleeuers op dieselfde wyse met hierdie tekste omgegaan het.

Die helderste uiteensetting van die opvattings van die Glossatore word gevind in die glos "violata" op *C* 5 17 7. Daar word eers verwys na *D* 24 2 6 en *Nov* 22 7 waar melding gemaak word van 'n periode van vyf jaar. Die rede vir hierdie bepalings, sê die glos, is dat dit hier gaan om mense wat in gevangenskap verkeer. Dan word daar verwys na *Nov* 22 14 en die verhouding daarvan tot *C* 5 17 7 pr. Die periode van tien jaar wat deur die novella ingevoer word, vervang die vorige termyn van vier jaar. Die glos gaan egter verder en sê dat ook hierdie tien jaar vervang word deur *Nov* 117 11: die gevolg is dat daar nou tot in ewigheid gewag moet word voordat 'n volgende huwelik aangegaan kan word. Die afleiding wat daar uit hierdie glos gemaak kan word, is dat waar iemand op krygsdiens vermis word die agtergeblewe eggenote tot in ewigheid moet wag voordat sy weer kan trou. Indien die gade gevange geneem is en as gevangene leef, kan na die verstryking van vyf jaar weer getrou word. Dit was duidelik nie soos Justinianus dit bedoel het nie: *Nov* 117 11 het geen tydsbepaling nie omdat dit alleen aandui wat die agtergeblewe vrou moet doen voordat sy weer in die huwelik kan tree. Uit geïsoleerde tekste bou die glosse dus 'n sisteem.

Ander glosse wat die posisie verduidelik, is die glos "si vero" op *Nov* 22 7. Dit herhaal weer die belang van *Nov* 117 11 deurdat daar nou tot in ewigheid gewag moet word voordat 'n volgende huwelik aangegaan kan word. Dit word van *Nov* 22 7 onderskei deurdat dit in hierdie geval handel oor iemand wat gevange geneem is, "qui est servus." Verder sê glos "sustinere" op *Nov* 117 11 dat hierdie teks algemeen gevolg word deur die kanonieke reg.

Soos algemeen bekend, was die Rooms-Katolieke kerk 'n baie belangrike faktor in die Middeleeue en het dit ook mag gehad in sekulêre sake soos die huweliksreg en die testate erfreg. Uit die kanonieke reg het die leer ontstaan dat die huwelik, omdat dit 'n sakrament was, nie deur mense ontbind kon word nie, dog alleen deur die dood. (Oor die geskiedenis van die ontbindbaarheid van die huwelik in die kanonieke reg, sien J Gaudemet "L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du première millénaire" in 20 (1978) *Bullettino dell' Instituto di Diritto Romano*[3] 11 ev.) Die kanonieke reg was baie streng omtrent tweede huwelike. 'n Persoon is nie toegelaat om 'n volgende huwelik aan te gaan nie, tensy dit vasgestaan het dat sy of haar gade dood is (Dekretale *Liber Extra* 4 1 19 en 4 21 2).

Die vraag ontstaan nou hoe dit dan moontlik was dat die vrou van iemand wat in die vreemde gevange gehou word, kon hertrou, terwyl 'n vrou in alle ander gevalle moes wag tot in ewigheid. Die sleutel vir die oplossing van hierdie probleem is te vinde in die glos "si vero" op *Nov* 22 7, waar bepaal word dat die gevangene 'n slaaf is. In die Middeleeue was daar naas die natuurlike dood ("mors naturalis") ook nog 'n wyse waarop persone geag word nie meer belange op aarde te hê nie. Dit was bekend as "mors civilis." Die gevolg hiervan was dat 'n persoon vir alle praktiese doeleindes geag was dood te wees. Kategorieë wat hieronder tuisgebring kan word, is deportasie, slawerny en toetrede tot 'n kloosterorde. (Oor "mors civilis" sien Brigitte Borgmann "Mors civilis – die Bildung des Begriffis im Mittelalter und sein Fortleben im französischen Recht der Neuzeit" in 4 (1972) *Ius Commune* 81–157.) 'n Persoon wat gevange geneem en in die vreemde is, kan dus as 'n slaaf beskou word en op hierdie wyse word die huwelik beëindig sonder dat die reëls van die kanonieke reg van die onontbindbaarheid van die huwelik geraak word.

Vanweë die groot invloed van die kerk het hierdie situasie bly voortbestaan. Daar moet egter in gedagte gehou word dat daar geen vermoedens van dood in die Middeleeue bestaan het nie. Inteendeel, daar het 'n vermoede bestaan dat iemand leef. In die algemeen was hierdie vermoede dat hy leef totdat hy die leeftyd van 100 bereik het en dat hy daarna dood is. (Vgl glos "si dubitetur" op *D* 29 3 2 4 en Bartolus op *C* 5 18 5.) Bartolus (*Tractatus Testimoniorum* 37–38) dui aan dat die dood altyd bewys moet word, maar nie altyd deur dieselfde middele nie. Hy onderskei verskillende omstandighede waarin die dood op verskillende wyses bewys kan word. Indien dit gaan om 'n erfenis, is fama genoegsaam. Waar 'n agtergeblewe eggenote weer wil trou, moet sy na haar man (indien hy in die leër gedien het) se offisier gaan en hy moet onder eed verklaar dat haar man dood is. Dit is nie nodig dat die offisier hoef te sê dat hy die man dood gesien het nie. Verder kan die bewys ook deur 'n "levis praesumptio" plaasvind: 'n veglustige en korrupte persoon begin swerf en na 'n tyd word daar niks van hom gehoor nie. Bartolus reken dat indien daar na vyf jaar niks gehoor is nie, mens kan aanvaar dat hy dood is. Dit beteken nie dat hy vermoed word dood te wees nie, maar dat al hierdie omstandigheidsgetuienis die vermoede laat ontstaan dat hy dood is en dat dit as getuienis kan dien om iemand dood te verklaar. Dit gaan dus nie om die vermoede van dood nie, maar hoe daar bewys kan word dat iemand dood is. Hierdie soort bewyslewering was noodsaaklik in tye van groot gevare – anders kon dit in baie gevalle onmoontlik gewees het om die dood te bewys.

Die sestiende-eeuse Italiaanse juris Menochius (*De Praesumptionibus* 6 49) bevraagteken die vermoede ingevolge waarvan mense geag word 100 jaar oud te word. Hy reken dat die tydperk beperk moet word tot die natuurlike duur van die menslike lewe. Volgens Menochius moet dit afhang van die omstandighede en nie die ouderdom alleen nie voordat daar vasgestel kan word of iemand lewe of dood is. Faktore wat in ag geneem moet word, is die ouderdom van die persoon waarom dit gaan, die tyd wat hy reeds weg is, waarheen hy gegaan het en in welke omstandighede hy weg is (6 49 28).

Dit is dan in breë trekke die agtergrond van die posisie in die destydse Nederlande. Die gemenereg, dit wil sê die geleerde Romeins-kanonieke reg van die Middeleeue het bepaal dat blote lang afwesigheid nie 'n einde aan die huwelik bring nie. Intussen het die kanonieke reg ook invloed verloor in die Noordelike Nederlande. Groenewegen (*De Legibus Abrogatis etc* op die *Auth hodie C* 5 17) skryf dat lang afwesigheid nie die huwelik ontbind nie, tensy daar 'n egskeiding verkry is op grond van kwaadwillige verlating. (Vgl ook Brouwer *De Iure Connubiorum* 2 31 5 en *Utrechtsche Consultatien* 3 nr 140. In laasgenoemde word die interpretasie van *Nov* 117 11 bevestig en is afwesigheid van 14 jaar nie voldoende om die dood van af te lei nie. 'n Persoon moet dood bewys word. Gesag vir hierdie standpunt is onder andere Menochius. Vgl ook Schomaker *Consultatien en Adviesen* 2 nr 25.)

Dit was egter die gemenereg. Onder invloed van die Protestantse hervorming is daar in Nederland verordeninge daargestel wat 'n agtergeblewe gade in staat gestel het om weer te kon trou na 'n bepaalde tydsverloop. Die termyn van vyf jaar uit die Romeinse reg is oorgeneem deur die landreg van Overijssel (1630), Stadregte van Deventer (1642) en artikel 80 van die Ampliatie van die Politieke Ordonnansie in Zeeland (1666). Artikel 90 van die Echtreglement (1656), 'n maatreël van die State-Generaal wat nie op Suid-Afrika van toepassing was nie, het ook 'n soortgelyke bepaling. (Vgl Van Zurck *Codex Batavus* sv "houwelyk" § 29; SJ Fockema Andreae *Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtgeschiedenis* 1 163–164.) In Holland het daar geen soortgelyke maatreëls bestaan nie. (Vgl Van Leeuwen *RHR* 1 15 4 en *Censura Forensis* 1 1 15 12.)

Wat betref die vermoënsregtelike gevolge van 'n lang verdwyning kry ons nou ook verskillende opvattinge. De Groot (*Inl* 1 10 5) reken dat wanneer 'n weeskind sestien jaar lank afwesig was, sy goed onder sy naaste verwante verdeel kon word, mits daar sekerheidstelling plaasvind. Dit was egter geen algemene reël nie en reëlings het verskil van plek tot plek (vgl *Rechtsgeleerde Observatien* 1 nr 16). In die *Hollandsche Consulatien* 1 nr 272 is 'n geval waar verdeling van bates aangevra is na 'n afwesigheid van 30 jaar. Dit word nie aangeraai nie, maar daar word aanbeveel dat 'n kurator benoem word, waarskynlik onder invloed van die idee dat indien iemand nie dood is nie, sy goed ook nie verdeel kan word nie. Hierteenoor is daar die standpunt soos ingeneem deur Christinaeus (*Decisiones Curiae Belgicae* 2 180 7) waar te kenne gegee word dat die goedere verdeel kan word mits daar sekerheid gestel word.

Sande (*Decisiones Curiae Frisicae* 4 9 8) volg hierdie idee. Hy stel dit duidelik dat die goed nie aan die erfgename qua erfgename toekom nie, maar as kuratore wat ook moet sorg dat die goed weer teruggegee word indien die persoon weer terugkeer. Hierdie standpunt het blykbaar die communis opinio in die sewentiende en agtiende eeu geword. (Vgl Voet 10 2 18, Huber *Heedensdaagse Rechtsgeleertheyt* 1 2 34 5 en Schorer se aantekening nr 8 op De Groot se *Inl* 1 10 5.)

Daar was egter geen vaste dag waarop hierdie gevolge in werking moes tree nie. Sommige juriste het gereken dat tydperke van drie, sewe of nege jaar voldoende was (vgl Schorer loc cit en Voet 10 2 20). Die mees aanvaar-

bare standpunt was dat die gevolge in werking moes tree nadat alle faktore in ag geneem is (Voet loc cit en Schorer loc cit). Huber (loc cit) noem die geval van die verdwene persoon wie se verwante aansoek gedoen het dat sy goed verdeel word. Hy was 30 jaar lank weg. Daar is beslis dat die goed deur die kurator aan die arm erfgename gegee kan word en dat hulle slegs die vrugte daarvan kon trek. Sodra die persoon wat verdwyn het 60 sou gewees het, sou die erfgename die bates in volle eiendom verkry. Dit lyk asof mens hier te doen het met 'n geval wat ooreenkomste toon met dit wat Bartolus in gedagte gehad het toe hy gesê het dat die dood bewys moet word.

As ons dan weer terugkom tot ons nuwe wetgewing, lyk dit asof daar 'n soort sirkelgang plaasgevind het. Ons is weer terug by die posisie van die Romeinse reg waar die agtergeblewe gade weer kon trou selfs al is daar nie bewys dat die persoon inderdaad dood is nie. Al verskil is dat daar by ons nie vasgestelde tye is nie.

PIETER PAUW
Johannesburgse Balie

THE GROWING IMPORTANCE OF THE CONFLICT OF LAWS IN SOUTH AFRICA*

The central thesis of this paper is that political developments are a potent force in the generation of problems in the conflict of laws. Inasmuch as most people readily accept that there will be substantial political change in South Africa, once this central thesis is shown it follows that this branch of the law is of growing importance. However, I will go further than this and argue two subsiduary propositions:

(1) that the political changes presently occurring and, as far as we can tell, likely to occur in the future, are in fact such as to aggravate problems of the conflict of laws; and

(2) that the make-up of the South African population is such as to increase the number of problems in the conflict of laws.

POLITICAL DEVELOPMENTS

Political development operates on the corpus of private international law at two levels: the grand and the petty.

First, the *grand*. Political change operates to change the *content* of the private international law. Consider for a moment Napoleon's triumphant march through Europe and the concomitant and consequent rise of European nationalism. (While nationality has its roots in the feudal doctrine of allegiance, few would disagree with Raeburn's conclusion in his thought-

*Paper delivered to a Law Students' Seminar on Legal Education at the University of Cape Town on 17 August 1978 in an atmosphere that dismissed conflict of laws as "irrelevant."

provoking article, "Dispensing with the Personal Law" 1963 *ICLQ* 125 that the modern concept is "a child of the French Revolution" (127).) Who can doubt that it was the *exclusive* character of nationalism, being aimed at welding a group of individuals into a coherent social and political entity, that led to the rise of the "lex patriae," the national law, as the determinant of the personal law? Mancini, the Italian patriot, in his attempt to weld the divergent Italian states into a single nation, made express use of the lex patriae to help in the task of uniting the Italian nation, when he argued that "laws were made for nations, not the inhabitants of a particular territory" (Graveson *General Principles of Private International Law* II Recueil de Cours (1963) 59 62 – the words cited are Graveson's not Mancini's; see also Schmidt's "Nationality and Domicile in Sweden" 1951 *ILQ* 39 (with a "footnote" by professor Cheshire 53 f)). Thus we see the rise of European nationalism fashioning for its own needs a fundamental element in the private international law of most civilian systems.

But the influence of European nationalism is more subtle than this alone: for it was not only Napoleon that the Royal Navy kept at bay but the lex patriae too. In Britain the lex domicilii flourished; it was *inclusive*, "its purpose is to provide a basis of free intercourse between members of different communities settled in each other's territories" (Raeburn 27) without raising the awesome private law conflicts that might otherwise result. This is not the place to go into detail, but note only two things: (1) that the lex patriae and the lex domicilii facing each other across the channel is the chief generator of that intellectual game but practical puzzle: "renvoi." (For an explanation of the "renvoi" problem see Morris *The Conflict of Laws* (1971) 469 f or my own "Renvoi – is there an Answer?" 1976 *UNLR* 321.) (2) That the lex domicilii itself was not immune from political developments. In the nineteenth century the new British Empire was growing like an adolescent and many persons left England heading for very foreign parts (sometimes not even under the Union Jack), and spent the greater part of their life in some sweaty jungle always thinking of "home." What law was to govern their affairs? Surely, English law. And the tenacious hold of the domicile of origin was fashioned by great Victorian judges to ensure that the common law blanket still covered those far flung Englishmen. (It is with a certain degree of inevitable cynicism that one notes that the high water mark of the domicile of origin comes in *Winans v Attorney-General* 1904 AC 287 and *Ramsay v Liverpool Royal Infirmary* 1930 AC 588 when the Empire was about to wane, and in those cases it operated simply to deny an American and a Scot respectively domicile in England!) Again, expressly to make the point: political change altered the content of the private international law.

Secondly, the *petty* operation of political change on the private international law. Petty is not here meant in any derogatory sense, but simply to indicate that we are not here concerned with the broad sweep of policy, but with the individual. A challenge, it is submitted, is posed to the conflict of laws at this humble level. For it cannot be forgotten that whatever political change may occur, no matter how disruptive it might be of the economy or whatever, no matter what "ignorant armies" (the phrase is Matthew Arnold's from *Dover Beach*: "And we are here as on a darkling

plain swept with confused alarms of struggle and flight, where ignorant armies clash by night") clash about him, the ordinary man will marry, raise a family, and accumulate possessions, while political systems, legal systems and national boundaries crumble and re-form. Is he now to be told that in some unspecified way these political cataclysms that have been so annoying, have determined also that his wife is not his wife and his children are illegitimate? Or can private international law provide him with a reasonable and just answer?

If it is doubted that this is a serious challenge, look only at the leading English cases on marriage during the 50's and 60's: *Indyka v Indyka* 1967 A11 ER 689 (HL), *Kochanski v Kochanski* 1957 3 A11 ER 142, *Taczanowska v Taczanowska* 1957 2 A11 ER (CA) . . . and so forth. It reads like a roll-call of Czechs and Poles, swept hither and thither by invading armies and then occupying armies, but who still managed to marry. Another political development – of a less violent kind – is reflected in the more recent English cases: *Ali v Ali* 1966 1 A11 ER 664, *Sowa v Sowa* 1961 1 A11 ER 687, *Kassim v Kassim* 1962 3 A11 ER 426 . . . again distressed individuals turn to this subject for an answer. It can hardly in these circumstances be denied that political developments are relevant to the conflict of laws.

POLITICAL CHANGES IN SOUTH AFRICA AND THE MAKE-UP OF THE SOUTH AFRICAN POPULATION

(Let it be stressed that what I write now is speculation not prophecy; I shall not be at all embarrassed if the future does not accord with my suggestions here!)

Presently one sees in South Africa a division, disliked by many certainly, but none the less legally significant, of the population presently residing in this sub-continent into a variety of exclusive communities or nations. This division takes place in two ways: first, by the territorial division of the countryside into a number of sovereign states in terms of the policy of separate development. The conflict of laws implications of this are numerous. You may already have heard one or two squawks from the handelsinstituut and chambers of commerce as traders discover that the supreme court's writ no longer runs into the independent homelands. The housewife in Mmabathu who purchases, under a hire-purchase contract, her household furniture from a trader in Mafeking is largely immune from suit in the South African courts. And with reciprocal enforcement of foreign judgments still in its infancy, the Bophuthatswana courts are not likely to give ready relief to the South African trader. This is a small example but such questions are only likely to grow. Transkei has already promulgated legislation allowing for polygamous marriages: what is to be the status of such marriages in South Africa? Once the homeland governments begin nationalising productive enterprises within their territory – or should a homeland government turn its territory into a tax haven – such challenges to our subject will multiply many times. The very fragmented nature of the homelands and the structure of the Southern African economy means inevitably that there will be frequent interchange of persons and goods between these states; this must generate the problems in which we are interested, or if not in-

terested, at least of which we are concerned.

Secondly, we find the *political* division that is planned between the Coloureds, Asians and Whites under the "new constitutional dispensation." It should be noted that this is a reversion to the principle of personality of the Dark Ages and a discarding of the more modern territoriality principle (see Cheshire *Private International Law* 9th ed (1974) 17 f). The division is, of course, presently only in the public law field but overspill into private law is not impossible, especially in fields such as capacity to marry or contract. One wonders, indeed, whether we are not already too late in beginning only now to consider the rules relating to race classification as being a part of private international law, race being a connecting factor akin in many ways to the lex patriae. A dislike of such laws should not blind us to the significance of such developments. Of course in this area, so interlinked with immediate public policy, the task of the critical lawyer is hardly creative: reform can only take place through the legislature. Be that as it may, we may ponder the irony that the lex patriae, used by Mancini to unite, is here used to divide. The explanation of that irony being found, interestingly enough, in the inevitable *exclusive* nature of a connecting factor based on the ius sanguinis.

This is all very well some may say, but this whole superstructure may well be swept away in the South Africa of the future; why should we be involved in its present problems?

The answer to this is threefold: first, and most important are, I think, the individuals swept up in this maelstrom of change: understanding and advancement of conflict of laws will be required to aid them to solve their problems, ie the petty aspect of political change and private international law.

Secondly, the South African population – it is, of course, trite to remark – is uniquely diverse in the make-up of its population groups. And this diversity is reflected in the different systems of private law operative in this land. Not only is the White population relatively cosmopolitan, and is it possible to come into contact daily with persons whose marriages, and capacities or lack thereof are governed by English or continental legal systems, but the Black population too has a diverse and rich background in customary law. Whatever political changes may occur this diversity of population will continue to be reflected in our country's legal institutions. While it is at least partly true that in Africa today Western law is displacing customary law as indigenous society crumbles or transmutes (David "La reforme du Code Civil dans les Etats Africains" 1962 *Annales Africaines* 160–163), it is not likely wholly to replace tribal law. Let me justify this remark: just as Rome was said to have conquered the world three times, once by force of arms, once by her church, and once by her law, (the remark comes from Iehring's *Geist des römischen Recht* 1; see Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 517 citing Haskins *The Renaissance of the Twelfth Century* (1957) 193) I consider we may discern a like development in modern Africa. Conquered once by the West's arms – let us not now talk about the church – and now by her law, a wave of western legal theory and content sweeps over Africa, driving customary law before

it. It is important to realise, however, that customary law is not wholly displaced. Just as there remains in Roman-Dutch law an ancient core of Germanic law – the rules of intestate succession, for example, being almost pure Germanic custom (of course, they are contained in the *Political Ordinance* of 1 April 1580 and the *Placaat* of 18 Dec 1599, but these are simply compilations of particular customs; see Wessels *The History of the Roman-Dutch Law* (1908) ch X 540 f) – so, it seems to me, the reception of Western law into African law will not be entire. The resilience of the custom of "lobola" – and I make bold to say I find it an oppressive custom – is perhaps part of that core. The significance of this for our subject lies in the fact that during such a period of reception conflict of laws plays an important but flexible and difficult role. One wonders, indeed, whether it was the different degrees of reception of Roman law in the provinces of the Netherlands that, at least partially, spurred on our great Roman-Dutch writers on the conflict of laws, Ulric Huber and Paul Voet.

Thirdly, I believe that once South Africa is able (after whatever changes) to take her proper place in the world, it will be found that she requires an advanced system of conflict of laws. For economic and strategic reasons, it seems to me likely that South Africa will find itself in strong alliance with the Nato bloc and with strong economic links with the EEC. These links with Europe, it seems to me, are so strong, that provided only that a democratic form of government can develop here a tie with the EEC comparable to the associate membership of the Carribean states does not seem unlikely. Such a link would involve this country in the heady world of Brussels and all the attemps there and at the Hague to unify choice of law rules. But even if such a formal tie does not develop, freer trade and migration to and from Europe can only increase the scope of the subject. On the other side of the coin, this land with its industrial base and storehouse of technological expertese surely must form a springboard for the industrialization of Africa. Increased links with Africa must in accordance with normal principles increase our involvement in this branch of the law.

Here I rest my case. I have persuaded myself, if no-one else. I hope at least you now join me in wondering by what warrant the critics castigate private international law as "irrelevant"? Private international law is a difficult subject (is this perhaps the real reason for its unpopularity?) to which – here at any rate – few are called and fewer chosen. Few of us – and I do not include myself – can tramp those intellectual uplands with the giants of this subject and share with them the full fascination of understanding the complexities and delights of private international law. However, I hope I have said enough to show why I think every lawyer needs a working knowledge of it.

CF FORSYTH
University of Cape Town

Vonnisse

ADMINISTRATEUR, NATAL v TRUST BANK VAN AFRIKA BPK 1979 3 SA 824 (A)

Onregmatige daad – nalatige wanvoorstelling – erkenning van aksiegrond – aanspreeklikheidsvereistes

Met hierdie belangwekkende en toonaangewende uitspraak van hoofregter Rumpff het die appèlhof die seël gedruk op die resente tendens in die regspraak om nalatige wanvoorstelling as deliktuele aksiegrond te erken (*Suid-Afrikaanse Bantoetrust v Ross en Jacobz* 1977 3 SA 184 (T); *Administrator, Natal v Bijo* 1978 2 SA 256 (N); *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N); *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK)).

Die appèl spruit voort uit die uitspraak van die hof in die *Bijo*-saak (hierbo). Die administrateur van Natal (die eiser) wou grond onteien. Die kennisgewing van onteiening word aan ene Bijo gerig wat nie die eienaar van die grond was nie. Met gebruikmaking van die kennisgewing skep Bijo by die verweerder die indruk dat hy (Bijo) die eienaar van die grond is en hy gee aan die verweerder opdrag om namens hom met die eiser te onderhandel oor vergoeding weens die onteiening. Die bedrag waarop ooreengekom word, word deur die eiser aan die verweerder as Bijo se verteenwoordiger uitbetaal. Op sy beurt betaal die verweerder die bedrag aan Bijo oor. Die eiser stel 'n aksie teen die verweerder in op grond van die verweerder se beweerde nalatige wanvoorstelling dat Bijo inderdaad die ware eienaar van die grond was. Soos in die verhoorhof, misluk die eis. Die appèlhof is van mening dat die uitbetaling nie gedoen is weens die verweerder se optrede nie, maar weens die fout wat die eiser self oorspronklik begaan het om Bijo as die eienaar van die grond te beskou (835H–836A).

Enkele aspekte van die uitspraak verdien aandag.

Die appèlhof erken uitdruklik die bestaan van aquiliese aanspreeklikheid op grond van nalatige wanvoorstelling. Hoofregter Rumpff verklaar onomwonde:

> "Na my mening kan en behoort die eisgrond in die onderhawige saak in die uitgebreide trefgebied van die *lex Aquilia* geplaas te word. Hieruit sou volg dat, volgens ons heersende norme, daar onregmatigheid vereis word en skuld. Die vrees van die sg 'oewerlose aanspreeklikheid' kan ook alleen dan besweer word, indien by elke gegewe geval dit die taak van die Hof is om te beslis of daar in die besondere omstandighede 'n regsplig op die verweerder gerus het om nie 'n wanbewering teenoor eiser te doen nie, en ook of die verweerder in die lig van al die omstandighede, redelike sorg uitgeoefen het, onder andere, om die korrektheid van sy voorstelling vas te stel. By afwesigheid van 'n regsplig, is daar geen onregmatigheid nie" (832H-833A).

Hieruit blyk dit dat veral die elemente *onregmatigheid* en *skuld* van besondere betekenis is by die bepaling van aanspreeklikheid weens nalatige wanvoor-

stelling. Ons bespreek dié twee elemente agtereenvolgens.

Alhoewel onregmatigheid as basiese uitgangspunt in die skending van 'n subjektiewe reg geleë is, sluit hierdie uitgangspunt nie die ontwikkeling van ander onregmatigheidskriteria soos dié van norm- of pligskending uit nie (*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films* (*Edms*) *Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387 en vgl *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597 ivm aanspreeklikheid weens 'n late). Wat nalatige wanvoorstelling betref, is die posisie dan ook dat 'n identifiseerbare subjektiewe reg hier ontbreek (Pauw 1978 *THRHR* 53 ev). Daarom word onregmatigheid hier bepaal, soos alreeds gevestigde praktyk in die regspraak is, aan die hand van die vraag na norm- of pligskending (sien die aanhaling hierbo; *SA Bantoetrust*-saak 187; *Bijo*-saak 261; *Franklin*-saak 705).

Die algemene kriterium wat aangewend moet word om vas te stel of daar in 'n gegewe geval 'n regsplig bestaan het om korrekte inligting te verskaf, is die boni mores of die regsoortuiging van die gemeenskap (*Tommie Meyer*-saak 387; *Ewels*-saak 597; sien ook Neethling 1979 *THRHR* 329 330). Die toepassing van die kriterium van die regsoortuiging van die gemeenskap behels basies 'n afweging van die belange wat die dader inderdaad met sy handeling bevorder het teenoor die belange wat hy inderdaad met sy handelinge aangetas het (*Tommie Meyer*-saak 387; sien ook Potgieter 1978 *THRHR* 327 330 ev). By hierdie afweegproses is die gemeenskapsbelang ook relevant (*Tommie Meyer*-saak 387; *Greenfield*-saak 916–917) en kan veral beleidsoorwegings 'n belangrike rol speel (sien hr Rumpff se verwysing na Millner *Negligence in Modern Law* (1967) 24 ev (833D–H)). Fleming (*The Law of Torts* 4e uitg 136), na wie hoofregter Rumpff met goedkeuring verwys (833H–834A), stel hierdie benadering treffend:

> "In short, recognition of a duty of care is the outcome of a value judgment, that the plaintiff's invaded interest is deemed worthy of legal protection against negligent interference by conduct of the kind alleged against the defendant. In the decision whether or not there is a duty, many factors interplay: the hand of history, our ideas of morals and justice, the convenience of administering the rule and our social ideas as to where the loss should fall. Hence, the incidence and extent of duties are liable to adjustment in the light of the constant shifts and changes in community attitudes."

Die soepele boni mores-kriterium stel die howe in staat om op so 'n jong, ontwikkelende terrein 'n vaste patroon in die regspraak te ontwikkel. Mettertyd word konkrete riglyne neergelê en daardeur word die praktiese hanteerbaarheid van hierdie gebied van die onregmatige daad bevorder. Na ons mening is dit nou reeds moontlik om 'n aantal riglyne (wat nie as 'n numerus clausus beskou moet word nie) betreffende die bestaan al dan nie van 'n regsplig om korrekte inligting te verskaf, uit die regspraak af te lei.

In eerste instansie is dit duidelik dat daar in beginsel geen regsplig bestaan om die korrekte inligting te verskaf waar inligting bloot informeel gegee is nie. In casu aanvaar die appèlhof (834C–D) hierdie beginsel klaarblyklik met verwysing na die volgende dictum uit *Mutual Life & Citizens' Assurance Co Ltd v Evatt* 1971 1 All ER 150 162:

> "In this class of case the first principle is that no duty beyond the duty to give an honest answer can arise when advice is given casually or in a social context, and the reason is that it would be quite unreasonable for the enquirer to expect more in such circumstances and quite unreasonable to impose any greater duty on the adviser. The law must keep in step with the habits of the reasonable man and consider whether ordinary people would think they had some obligation beyond merely giving an honest answer."

Die feit dat verkeerde inligting informeel of bloot in 'n sosiale verhouding verstrek is, mag moreel afkeurenswaardig wees sonder dat dit noodwendig in stryd is met die regsgevoel van

die gemeenskap en derhalwe tot aanspreeklikheid aanleiding behoort te gee.

Tweedens bestaan daar in beginsel wel 'n regsplig om juiste inligting te verskaf in die volgende gevalle (sien vir 'n volledige uiteensetting en gesag Neethling 1979 *THRHR* 329 330 ev):

(i) Waar daar 'n *statutêre verpligting* op 'n persoon rus om korrekte inligting te verskaf (*Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) 490).

(ii) Waar daar 'n *kontraktuele onderneming* gegee is om juiste inligting te verskaf (ibid). So 'n kontraktuele verpligting kom ook tot stand waar die korrektheid van die inligting uitdruklik of stilswyend *gewaarborg* is (*Bijo*-saak 261).

(iii) Waar partye in 'n *kontraktuele verhouding* teenoor mekaar staan (sonder dat kontraktueel onderneem is om korrekte inligting te verskaf). Sodanige persone is inter partes verplig om juiste inligting te verstrek rakende 'n aangeleentheid wat uit die kontrak spruit en verband hou met die nakoming daarvan (*Western Alarm System (Pty) Ltd v Coini* 1944 CPD 271 276).

(iv) Waar 'n persoon uit hoofde van 'n bepaalde amp wat hy beklee (soos dié van notaris of geswore waardeerder) "a kind of patent of credibility and efficiency conferred upon [him] by public authority" (*Herschel*-saak 488) het. So 'n persoon is verplig om, waar hy in amptelike hoedanigheid optree, korrekte inligting te verskaf.

(v) Waar 'n persoon uit hoofde van 'n beroep uitsluitlik oor bepaalde inligting beskik en dié inligting dus op geen ander wyse as van hom (óf 'n beroepsgenoot) bekom kan word nie (*Franklin*-saak 706).

Daar moet weer eens beklemtoon word dat die bogenoemde riglyne nie 'n numerus clausus daarstel nie en ook nie noodwendig sonder uitsondering geld nie. So kan dit gebeur dat die regspraak wel in die toekoms 'n regsplig kan konstrueer in byvoorbeeld 'n geval waar die verskaffer wat uitsluitlik oor bepaalde inligting beskik, die inligting in 'n ander hoedanigheid as uit hoofde van 'n beroep verskaf (vgl die minderheidsuitspraak van hr Centlivres in die *Herschel*-saak 472–473). Ook in hierdie verband verwys hoofregter Rumpff (834D) met goedkeuring na die volgende dictum in die *Evatt*-saak (162):

> "It may be going too far to say that a duty to take care can only arise where advice is sought and given in a business or professional context, for there might be unusual cases requiring a wider application of this principle."

Staan dit vas dat daar 'n regsplig op die dader gerus het om die korrekte inligting te verstrek, die nie-nakoming waarvan tot vermoënskade vir 'n bepaalde persoon of persone aanleiding gee, word sy optrede as onregmatig beoordeel. Om egter aanspreeklikheid te vestig, moet die dader se handeling ook nalatig gewees het: sy optrede moet met ander woorde te kort geskiet het aan die sorg wat die redelike man in die besondere omstandighede aan die dag sou gelê het (833A).

Soos in alle gevalle van deliktuele aanspreeklikheid is dit van die uiterste belang om in die geval van nalatige wanvoorstelling deeglik te onderskei tussen onregmatigheid en nalatigheid. Die wesenlike onderskeid is daarin geleë dat onregmatigheid *diagnosties* (ex post facto) en nalatigheid *prognosties* beoordeel word: by *onregmatigheid* word die handeling beoordeel *in die lig van die gevolge wat werklik aanwesig was en die omstandighede wat werklik bestaan het,* afgesien daarvan of die dader of die redelike man in sy posisie daarvan kennis gedra het of sou gedra het of nie, terwyl mens by *nalatigheid* die dader se gesindheid beoordeel deur middel van *'n prognose ('n vooruitkyk) vanaf die tydstip van die gedraging.* Die dader is nalatig of nie op grond van 'n benadeling wat *in die toekoms* waarskynlik uit sy gedraging kan voortvloei terwyl sy optrede onregmatig is op grond van gevolge wat inderdaad *in die verlede* (soos agterna blyk) daaruit voortgevloei het of op grond van omstandighede wat werklik bestaan

het (Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf in die Privaatreg* (1972) 19 vn 65; sien ook die *Ewels*-saak 596–597). Van der Walt 1979 *TSAR* 145 152 stel hierdie siening met betrekking tot nalatige wanvoorstelling soos volg:

> "Die inhoud van die regsplig in geval van nalatige wanvoorstelling en suiwer ekonomiese verlies is om alle redelike stappe te neem om skade deur misleiding te voorkom; redelike stappe sluit in daardie maatreëls wat eers by 'n *ex post facto* ondersoek redelik en prakties uitvoerbaar blyk. Die plig om redelike stappe te neem, is dus, wat inhoud betref, nie noodwendig sinoniem met die tradisionele 'duty to take care' nie. Die nie-nakoming van die plig om redelike stappe te doen, stel dus onregmatige optrede daar; die nienakoming van die plig om redelike sorg aan die dag te lê ('duty to take care') dui op die aanwesigheid van nalatigheid."

Anders gestel: die regsplig by onregmatigheid word beoordeel aan die hand van die vraag of daar *redelikerwys van 'n persoon verwag kon word* om die korrekte inligting te gee; by nalatigheid daarenteen is die vraag of *die optrede redelik was*, dit wil sê of redelike sorg aan die dag gelê is.

Uit die voorgaande is dit duidelik dat ten spyte daarvan dat die wanvoorsteller se optrede in 'n gegewe geval onregmatig is omdat daar 'n regsplig op hom gerus het om die juiste inligting te verskaf, welke plig hy nie nagekom het nie, mag dit blyk dat hy nogtans nie nalatig gehandel het nie omdat hy die nodige sorg (dws dié van die redelike man) aan die dag gelê het. In so 'n geval behoort hy gevolglik weens gebrek aan skuld vry uit te gaan.

Word aan die ander kant bevind dat die dader nalatig gehandel het, ontstaan die vraag vir welke gevolge van sy onregmatige en nalatige handeling hy aanspreeklik gehou moet word. Sy aanspreeklikheid kan tog nie onbegrens wees nie. Dit is juis hierdie vrees vir "oewerlose aanspreeklikheid" wat tans nog sterk deur die howe benadruk word. Só verklaar regter Kannemeyer in die *Franklin*-saak (705–706):

> "One can appreciate that in many cases of negligent misstatement an infinite number of claims may result if proper limits are not placed on the action. The negligent party, having blundered, cannot know who may be eventually touched by the consequences of his error or when in the future these consequences may be felt."

Hoofregter Rumpff wys tereg daarop (833A) dat hierdie vrees besweer kan word onder meer deur die elemente onregmatigheid en skuld. Veral met inagneming van regspolitieke oorwegings by die vasstelling van onregmatigheid, kan aanspreeklikheid reeds in 'n groot mate begrens word (Van der Walt 154). Die hoofregter verklaar verder (833B):

> "Die hof sal ook die eisgrond binne redelike perke hou deur behoorlik aandag te gee aan die aard van die wanbewering en die vertolking daarvan en ook deur behoorlik aandag te gee aan die probleem van kousaliteit."

Veral kousaliteit kan na ons mening 'n beduidende rol speel. Met kousaliteit word nie slegs 'n feitelike kousale verband bedoel nie; dit dui ook op die vraag of 'n dader aanspreeklik gehou moet word vir 'n gevolg wat feitelik uit sy onregmatige en nalatige optrede voortgevloei het (*Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34–35).

Wat feitelike kousaliteit betref, moet dit vasstaan dat daar 'n *feitelike kousale verband* tussen die wanvoorstelling, die misleiding en die skade bestaan. Dit beteken eerstens dat die eiser deur die verkeerde voorstelling *mislei* moet gewees het; dat hy met ander woorde inderdaad geglo het dat die wanvoorstelling *waar* is. Tweedens beteken dit dat die eiser *op grond van die wanvoorstelling* tot sy *nadeel* moet *gehandel* het. In die onderhawige saak het die hof by implikasie bevind dat feitelike kousaliteit ontbreek omdat die uitbetaling volgens hoofregter Rumpff nie gedoen is weens die verweerder se misleidende optrede nie, maar weens die fout wat die eiser self oorspronklik begaan het om Bijo

as die ware eienaar van die grond te beskou (835–836). Indien ander oorwegings as die verweerder se wanvoorstelling dus die misleiding en die nadeel tot gevolg gehad het, dan ontbreek feitelike kousaliteit. Die wanvoorstelling moet dienooreenkomstig die *enigste* of minstens die *belangrikste* oorsaak van die misleiding wees (*Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 328 335–336).

Die maatstaf wat na ons mening met goeie gevolg by nalatige wanvoorstelling aangewend kan word om aanspreeklikheid te begrens in gevalle waar onregmatigheid en nalatigheid vasstaan, is dié van *redelike voorsienbaarheid van skade aan die betrokke benadeelde persoon* (Pauw 1978 *THRHR* 53 58; Neethling 331–332; sien in die algemeen oor redelike voorsienbaarheid as begrensingsmaatstaf Van Rensburg a w).

Dit moet benadruk word dat redelike voorsienbaarheid hoegenaamd geen rol te speel het by die vraag na die vasstelling van die regsplig by onregmatigheid nie aangesien onregmatigheid ex post facto beoordeel word. Die funksie wat voorsienbaarheid tradisioneel vervul by die bepaling van die Engelsregtelike "duty of care," behoort uit ons reg geweer te word (vgl hr Rumpff se bespreking 833C–834A; Van der Walt 154).

Redelike voorsienbaarheid as begrensingsmaatstaf moet duidelik onderskei word van die redelike voorsienbaarheidstoets by nalatigheid (Potgieter en Van Rensburg 1977 *THRHR* 379 ev). Soos gesê, gaan dit wat aanspreeklikheidsbegrensing betref, in hierdie verband oor die redelike voorsienbaarheid van skade aan die betrokke benadeelde, terwyl dit by nalatigheid gaan om die redelike voorsien- en voorkombaarheid van *skade in die algemeen.*

Die vertroue word uitgespreek dat hoofregter Rumpff se versigtige uiteensetting van die beginsels wat by nalatige wanvoorstelling as deliktuele aksiegrond geld, sal verseker dat sy voorspelling dat nalatige wanvoorstelling 'n "probleemkind" gaan word, nie bewaarheid sal word nie.

J NEETHLING
JM POTGIETER
Universiteit van Suid-Afrika

ADMINISTRATEUR, NATAL v TRUST BANK VAN AFRIKA BPK 1979 3 SA 824 (A)

Onregmatige daad – nalatige wanvoorstelling – erkenning van aksiegrond

In hierdie beslissing het die appèlhof finaal 'n einde gemaak aan die jarelange spekulasie oor die vraag of nalatige wanvoorstelling 'n aksiegrond in ons reg is. Hoofregter Rumpff se uitspraak kom daarop neer dat nalatige wanvoorstelling wel 'n aksiegrond in ons reg uitmaak. Die uitspraak is gegee in appèl teen die beslissing van regter Mostert in *Administrator, Natal v Bijo* 1978 2 SA 256 (N).

In breë trekke was die feite soos volg: die Na alse provinsiale administrasie wou 'n sekere stuk grond onteien. As gevolg van onvoldoende ondersoek word verkeerdelik tot die gevolgtrekking gekom dat ene Bijo van Verulam die geregistreerde eienaar van die grond is. Bijo gebruik toe die respondent as sy verteenwoordiger in die onderhandelinge. In die korrespondensie verwys die respondent na sy kliënt, Bijo, as die geregistreerde eienaar van die grond. Die uiteinde van die saak is dat die vergoeding vir onteiening aan die verkeerde persoon uitbetaal word. Appellant eis nou die bedrag van die respondent op grond van die respondent se beweerde nalatige wanvoorstelling dat Bijo die eienaar was. Die verhoorhof kom tereg tot die gevolgtrekking dat hier eintlik geen sprake was van 'n wanvoorstelling nie: die respondent het

slegs oorgedra wat sy kliënt aan hom meegedeel het, en geen eie bewering probeer maak nie (261E–H).

Aanvanklik aanvaar die appèlhof ook dat die respondent geen wanvoorstelling gemaak het nie: "Wat verweerder gedoen het, was bloot om sy klant te identifiseer en om te herhaal wat eiser self skriftelik verklaar het" (835E). Later word egter verklaar: "Dit is natuurlik waar dat verweerder 'n fout begaan het . . ." (835G). Hierdie stelling impliseer dat die respondent wel 'n wanvoorstelling gemaak het. Uiteindelik word ten gunste van die respondent beslis, nie omdat hy geen wanvoorstelling gemaak het nie, maar omdat die voorstelling nie onregmatig was nie (835G), asook op grond van afwesigheid van 'n oorsaaklike verband (835H–836). Myns insiens is die eersgenoemde bevinding die korrekte. Dit was ook die mening van die verhoorhof. Die inhoud van die uitspraak verg verdere aandag.

Hoofregter Rumpff verkies om van "nalatige wanbewering" te praat in plaas van "nalatige wanvoorstelling" (829F–G). Hy meen dat laasgenoemde uitdrukking gewoonlik verwys na prekontraktuele wanvoorstelling. "Wanvoorstelling" is dus vir hom 'n enger begrip as "wanbewering." Met respek lyk dit egter of die teenoorgestelde eerder waar is. Die woord "bewering" herinner sterk aan die geskrewe of gesproke woord, terwyl 'n wanvoorstelling ook op ander maniere gemaak kan word (vgl De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg 39–40).

Albei partye het van die standpunt uitgegaan dat die hof a quo se aanvaarding van die bestaan van die aksiegrond, sowel as die aanvaarding daarvan in *Suid-Afrikaanse Bantoetrust v Ross en Jacobz* 1977 3 SA 184 (T) (volgens die hoofregter "met weinig woorde en geen motivering nie"), korrek is. Die bestaan van die aksiegrond was dus nie in geskil nie. Dit is egter te verwelkom dat die appèlhof nie die saak eenvoudig besleg het op die veronderstelling dat die partye se standpunt korrek is nie, maar sy eie mening oor die aangeleentheid gegee het. Dit gebeur so dikwels dat 'n hof nalaat om iets te sê oor 'n aspek van 'n saak wat nie noodsaaklik is vir die uiteindelike bevinding nie. Twee goeie voorbeelde hiervan uit die appèlhof self is *Kessoopersadh v Essop* 1970 1 SA 265 (A) 273H–274A en *Smit v Saipem* 1974 4 SA 918 (A) 926A–B en 947F–H. (Vir analoë gevalle waar onsekerheid geskep is, sien Erasmus "Die Appèlhof en Obiter Dicta" 1977 *THRHR* 82.) Die volgende stelling van die hof is dus verblydend:

> "Die onbevredigende toestand wat in ons reg bestaan ná die *Herschel*-saak, die verskillende uitsprake van Provinsiale Afdelings sedertdien en die houding van sowel appellant as respondent in hierdie Hof is gegronde redes waarom daar tans 'n uitspraak gegee moet word wat die bestaan van so 'n reg in ons gemeenreg erken of verwerp" (830H–831A).

Die hoofregter meen dat die verskillende uitsprake in *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) eerder die bestaan van die onderhawige aksiegrond erken as verwerp. Die prinsipiële bestaan van die aksiegrond word dan erken, met die caveat dat die presiese aanspreeklikheidsvereistes nog probleme kan oplewer. Die hoofregter stel dit so:

> "In die onderhawige geval duur die geboortepyne reeds so lank dat die tyd aangebreek het om selfs miskien met 'n keisersnee die kind in die wêreld te laat kom. Ek dink dat mens dadelik moet byvoeg dat dit voorspelbaar is dat hierdie kind 'n probleemkind gaan word. Met die nodige liefde, en veral dissipline, kan dit egter 'n nuttige rol in die regslewe speel" (831B).

In die loop van die uitspraak verwys die hof na die redelik groot hoeveelheid literatuur wat reeds oor die onderhawige onderwerp verskyn het. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, kan daarby nog gevoeg word Hahlo se "Liability of Negligent Accountants to Third Parties" 1973 *SALJ* 174 en Hutchison se "Negligent Statements: Why the Reluctance to Impose Liability?" 1978 *SALJ* 515. Wat die basis van die aksiegrond betref, poog die hof tereg nie

om lig op te steek by die Engelse regspraak nie. Trouens, in 'n saak soos *Mutual Life and Citizens' Assurance Co Ltd v Evatt* 1970 1 A11 ER 150 (PC) is skuld en onregmatigheid, na dit my voorkom, hopeloos verwar as gevolg van die Engelse "duty of care"-leerstuk. Die volgende gedeelte uit die uitspraak van die hoofregter is besonder insiggewend:

> "Na my mening kan en behoort die eisgrond in die onderhawige saak in die uitgebreide trefgebied van die *lex Aquilia* geplaas te word. Hieruit sou volg dat, volgens ons heersende norme, daar onregmatigheid vereis word en skuld. Die vrees van die sg 'oewerlose aanspreeklikheid' kan ook alleen dan besweer word, indien by elke gegewe geval dit die taak van die Hof is om te beslis of daar in die besondere omstandighede 'n regsplig op die verweerder gerus het om nie 'n wanbewering teenoor eiser te doen nie, en ook of die verweerder in die lig van al die omstandighede, redelike sorg uitgeoefen het, onder andere, om die korrektheid van sy voorstelling vas te stel. By afwesigheid van 'n regsplig, is daar geen onregmatigheid nie" (832H–833A).

Die begrensing van aanspreeklikheid lê dus in die toepassing van die onregmatigheids- en skuldkriterium. Daar moet dus eerstens gevra word of daar hoegenaamd 'n regsplig op die verweerder was om die waarheid te praat. Is die antwoord bevestigend, moet verder gekyk word na die mate van versigtigheid wat van die verweerder verwag word (verhoorhof se uitspraak 261E, steunende op Van der Walt se bespreking van die *Ross en Jacobz*-saak 1977 *TSAR* 269 274).

Vir Hutchison (523) is die onregmatigheidselement 'n besonder belangrike beperkende faktor by die onderhawige soort aanspreeklikheid:

> "Vague and ill-defined it might be, but it provides a valuable niche for consideration of the policy factors that inevitably have to be taken into account in this branch of the law. Is it not open to our courts to determine broad areas in which it is not *wrongful to speak carelessly* – for example, on casual social occasions?" (my kursivering).

Ek twyfel egter of die onregmatigheidsvereiste 'n noemenswaardige begrensingsfaktor is in die onderhawige soort geval. Howe en skrywers (vgl die hierbo gekursiveerde woorde van Hutchison) is geneig om die aanwesigheid van onregmatigheid by opsetlike wanvoorstelling en die afwesigheid daarvan by nie-opsetlike wanvoorstelling sonder meer te aanvaar. Appèlregter Van den Heever se uitspraak in *Herschel v Mrupe* 1954 3 SA 464 (A) is gebaseer op die afwesigheid van onregmatigheid van die wanvoorstelling. Op 490A–B sê hy egter na aanleiding van twee voorbeelde:

> "I do not invade the recognised rights of the burglar or marauding boys; on the contrary they invade my rights. I cannot understand how by their unlawful conduct they can virtually impose a servitude upon my property. Whether the injury to them is foreseeable therefore or not, they cannot – *apart from dolus* – sue me" (my kursivering).

Op 487–488 word gesê:

> "In the present case it was common cause that respondent's conduct was not tainted with dolus. She has made no inroad into any right of plaintiff."

Vir my lyk dit in beginsel verkeerd dat die *onregmatigheid* van 'n handeling daarvan afhanklik gestel word of die dader *opsetlik* opgetree het of nie. Van Heerden het reeds in sy *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 219–220 aangedui dat daar in hierdie verband verwarring tussen onregmatigheid en skuld bestaan. Sy gevolgtrekking, wat heeltemal korrek lyk, is dat *enige* wanvoorstelling waarop iemand anders tot sy nadeel handel, in beginsel onregmatig is. Die omstandighede rondom die maak van 'n wanvoorstelling kan dus hoogstens van belang wees vir die skuldvraag. Dit is na my mening 'n realistiese toepassing van die skuldkriterium wat in die onderhawige soort situasie sal verhoed dat elke redelike mens 'n voorbeeld van appèlregter Van den Heever se "timorous faintheart" word wat te bang is

om sy mond oop te maak.

Hutchison (525) wys tereg daarop dat dit 'n erkende feit is dat 'n redelike mens normaalweg nie so versigtig is met sy woorde as met sy dade nie. Aangesien nalatigheid aan die hand van die toets van die redelike man vasgestel word, beteken dit dat 'n hof 'n handeling makliker as die maak van 'n foutiewe stelling as nalatig sal bestempel. Selfs al aanvaar 'n mens 'n meer subjektiewe benadering tot nalatigheid (soos wat De Wet en Swanepoel in *Strafreg* 3e uitg 153 ev voorstaan), is daar steeds ruimte vir 'n minder streng benadering wanneer dit by woordgedrag kom.

Die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 het myns insiens ook by nalatige wanvoorstelling 'n belangrike rol te speel. Dit mag wees dat die verweerder nalatig was, maar dat die eiser se vertroue op die verweerder se bewering self so onredelik was dat die eiser prakties al die blaam vir sy skade behoort te dra. In so 'n geval sou die hof die omvang van die eiser se verhaal baie kon inkort.

Ten slotte kan vermeld word dat *Hamman v Moolman* 1968 3 SA 340 (A) steeds die posisie in die praktyk weerspieël, naamlik dat nalatige wanvoorstelling *in kontraktuele verband* nie 'n aksiegrond is nie. Hoewel hierdie standpunt in *Hamman* se saak eintlik obiter ingeneem is (vgl Hutchison in 1975 *Responsa Meridiana* 129 135 ev), wou die appèlhof dit nie in die onderhawige saak verwerp en nalatige wanvoorstelling op 'n eenvormige grondslag plaas nie (834F). Dus het ons hier nog 'n anomalie. In Engeland het die Court of Appeal in *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* 1976 2 All ER 5 op gemeenregtelike gronde geweier om pre-kontraktuele nalatige wanvoorstelling anders te hanteer as ander nalatige wanvoorstellings. Deesdae sal 'n Engelse litigant wat hom oor 'n pre-kontraktuele wanvoorstelling bekla in elk geval deur die Misrepresentation Act van 1967 gehelp kan word.

Die onderhawige beslissing van die appèlhof is op 25 Mei 1979 gegee. Reeds op 20 Februarie 1979 het die Oos-Kaapse afdeling in *EG Electric Co (Pty) Ltd v Franklin* 1979 2 SA 702 (OK) die geleentheid gehad om hom oor hierdie aangeleentheid uit te laat. In hierdie beslissing is die beginsels soos uiteengesit in *Administrator Natal v Bijo* 1978 2 SA 256 (N) aanvaar (705E).

AN OELOFSE
Universiteit van die Oranje-Vrystaat

V v R 1979 3 SA 1006 (T)

Kunsmatige inseminasie – status van KIS-kind – onderhoudsplig – owerspel – toestemming tot aanneming van kind

In hierdie saak – die eerste waarin 'n Suid-Afrikaanse hof die implikasies van kunsmatige inseminasie moes oorweeg – is talle vraagstukke in samehang met die status van 'n KIS-kind (dit is 'n kind verwek met sperm van 'n derdepartyskenker) te berde gebring: Is kunsmatige inseminasie 'n verskyningsvorm van owerspel? Word kunsmatige inseminasie in Suid-Afrika verbied of aan staatlike kontrole onderwerp? Kan die derdepartyskenker van semen wat vir kunsmatige inseminasie gebruik is, of die eggenoot van die moeder van 'n KIS-kind wat toestemming verleen het dat sy vrou kunsmatig geïnsemineer word, aanspreeklik gehou word vir die onderhoud van daardie kind? Moet aan 'n KIS-kind die status van binne-egtelikheid toegesê word? Behalwe vir die laasgenoemde vraag, is die gemelde probleme obiter geopper. Die eintlike vraag waaroor die hof moes beslis, was of die (voormalige) eggenoot van die

moeder van 'n KIS-kind toestemming moet verleen vir die aanneming van daardie kind deur 'n derde (die latere eggenoot van die kind se moeder).

Die feite van die saak was kortliks soos volg: A (die man) en B was getroud. A was blykbaar steriel (dit blyk nie sonder meer uit die feite soos deur die hof weergegee nie maar is in elk geval nie van belang nie). Met die toestemming van A het B kunsmatige inseminasie ondergaan. Semen van 'n onbekende derdepartyskenker is vir dié doel gebruik. Ten gevolge van die kunsmatige inseminasie het B swanger geword en mettertyd geboorte aan C geskenk. A en B tree daarna op onder die waan dat A regtens die vader van C is, hoewel hulle weet dat hy nie die kind se natuurlike vader is nie. A en B se huwelik loop later op die rotse, hulle skei, beheer en toesig van C word aan B toegeken en ingevolge die skikkingsakte verkry A die gebruiklike redelike toegang tot C en onderneem hy om 'n maandelikse geldelike bydrae te lewer tot C se onderhoud. B trou daarop met X. X wil vir C aanneem, maar A weier om toestemming tot die aanneming van die kind te verleen. B doen vervolgens by die hooggeregshof aansoek vir 'n bevel wat inhou dat A se toestemming nie regtens vereis word vir die aanneming van C nie. Hierdie bede veronderstel dat C 'n buite-egtelike kind is.

Voordat die antwoord van regter FS Steyn op die bogenoemde vraagstukke behandel word, moet eers aandag gegee word aan die status van 'n KIE-kind (dit is 'n kind verwek deur middel van kunsmatige inseminasie met sperm van die eggenoot van die kind se moeder). Regter Steyn verklaar kortweg dat so 'n kind binne-egtelik is (1008). Hoewel dit in die meeste gevalle so sal wees, kan daar omstandighede bestaan waarin 'n KIE-kind, ooreenkomstig die bestaande beginsels van die gemenereg, nie binne-egtelik sal wees nie, naamlik as 'n vrou haar laat insemineer met semen afkomstig van haar oorlede man en wel na sy dood. Op 10 Julie 1977 is 'n kind in dié omstandighede in Engeland gebore – sewentien maande na sy natuurlike vader se dood. Die moeder van die kind is Kim Casali, die skepper van die bekende strokiesprente "Love is . . ." Gemeet aan die vereistes wat deur die Suid-Afrikaanse reg vir binne-egtelikheid gestel word, en waarop hierna volledig teruggekom word, sou Kim Casali se kind in Suid-Afrika buite-egtelik wees, omdat die kind se natuurlike ouers nie op die datum van die kind se konsepsie of geboorte, of na die kind se geboorte, met mekaar getroud was of getrou het nie.

Regter Steyn het tereg bevind dat kunsmatige inseminasie met semen van 'n derdepartyskenker nie op owerspel neerkom nie, ongeag of die kunsmatige inseminasie met of sonder die man se toestemming plaasgevind het (1013–1014 1015). Die rede wat hy hiervoor aangee, doen hom egter vreemd voor. Sy betoog laat blyk dat hy vir owerspel "die wellus van die partye en hulle liggaamlike en emosionele aanraking en bevrediging, of minstens die wellus van die verkragter" (1013), of "sinlike kontak" (1014), of "onregmatige wellus" (1015) vereis. Wellus, liggaamlike aanraking, liggaamlike bevrediging, emosionele aanraking, emosionele bevrediging en sinlike kontak is egter in der waarheid nie genoegsaam om owerspel daar te stel nie, hoewel dit met owerspel gepaard mag gaan. Kunsmatige inseminasie is nie owerspel nie omdat die Suid-Afrikaanse reg daadwerklike penetrasie vir owerspel vereis (sien bv Van der Linden *Koopmans Handboek* 2 7 2; *Louw v Louw* 1946 CPD 117 127; *Cunningham v Cunningham* 1952 1 SA 167 (K) 170–171); en soos Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (1975) 367 aangaande kunsmatige inseminasie verklaar: ". . . the procedure is so far removed from the normal act of intercourse that it is unlikely that our courts will regard it as adultery."

Indien 'n getroude vrou kunsmatige inseminasie ondergaan sonder die toestemming van haar eggenoot, sal haar optrede desnieteenstaande as 'n ernstige huweliksvergryp beskou kan word (Hahlo 367) wat na my mening tot die onherstelbare verbrokkeling van die

huweliksverhouding aanleiding kan gee en as sodanig 'n grond vir egskeiding kan wees. Regter Steyn stem saam dat sodanige optrede van die vrou "hoogs aanvegbare gedrag binne die huwelik" sou wees (1008–1009). Trouens, hy voeg nog 'n stertjie daarby: Indien die vrou haar *met die toestemming van haar man* kunsmatig laat insemineer met semen van 'n *geïdentifiseerde* (bekende) *skenker*, sou dit ook "hoogs aanvegbare gedrag binne die huwelik" daarstel. Indien regter Steyn bedoel het dat die gedrag van die vrou (en van die man?) in sulke omstandighede bloot moreel afkeurenswaardig is, sou sy standpunt moontlik argumenteerbaar wees; maar as hy te kenne wou gee dat kunsmatige inseminasie met toestemming van die man 'n huweliksvergryp met negatiewe *regs*gevolge is bloot omdat die skenker nie anoniem is nie, moet ek met eerbied met hom verskil. (Ek mag in die verbygaan byvoeg dat ek self ook geen beginsel kon vind om *op morele gronde* te onderskei tussen kunsmatige inseminasie met semen van 'n bekende of 'n onbekende skenker nie.)

Die vraag of kunsmatige inseminasie in Suid-Afrika verbied of aan staatlike kontrole onderwerp word, moet kortliks ontkennend beantwoord word (sien 1009). Daar moet in dié verband gewys word op artikel 7(1) van die Wet op Anatomiese Skenkings en Na-doodse Ondersoeke 24 van 1970 wat die gebruik van 'n gonade vir prokreasiedoeleindes verbied, behalwe as die gonade van die liggaam van die vrou se eggenoot afkomstig is of as die toestemming van die Minister van Gesondheid verkry is vir die gebruik daarvan om prokreasie te bewerkstellig. Die begrip "gonade" sluit ongetwyfeld menslike sperm in en met die eerste oogopslag wil dit voorkom asof hierdie bepaling juis teen kunsmatige inseminasie gemik is. Die artikel geld egter net vir die gebruik vir prokreasiedoeleindes van 'n gonade wat "deur 'n geneesheer of tandarts . . . van die liggaam van 'n lewende persoon" verwyder is; en die proses waardeur semen vir kunsmatige inseminasie verkry word, kan nie as sodanige "verwydering" beskryf word nie. Die bestemming van artikel 7(1) is inderdaad 'n raaisel. Die enigste moontlike aanwendingsgebied van die artikel wat ek kon bedink, is om 'n perk te stel aan kloning. Kloning is die "Boys-from-Brazil"-proses waardeur die kern van 'n ovum verwyder en vervang word met 'n molekule afkomstig uit enige liggaamsdeel van die skenker en wat dan meteen uitloop op die prokreasie van 'n fisieke ewebeeld van die skenker. Hoewel kloning reeds suksesvol op paddas uitgevoer is, stem bioloë saam dat die prokreasie van 'n menslike kloon tans net 'n hersenskim is. Vir die wetgewer om nou al voorsorg te tref teen 'n gebeurlikheid wat hoogstens 'n teoretiese moontlikheid is, skyn daarom vir my enigsins voorbarig te wees.

Regter Steyn het obiter bevind dat die skenker van semen wat vir kunsmatige inseminasie gebruik is, nie aanspreeklik gehou kan word vir die onderhoud van die KIS-kind waarvan hy die natuurlike vader is nie (1015 ad (iii)) en dat die eggenoot van die kind se moeder wel die KIS-kind moet onderhou indien hy toestemming verleen het dat sy vrou kunsmatig geïnsemineer word (ibid en 1016). Hierdie regsvinding strook nie met die toepaslike reëls van die gemenereg nie.

Die reël van die Suid-Afrikaanse reg wat in dié verband toepaslik is, kan soos volg saamgevat word: Die natuurlike vader en die moeder van 'n kind kan verplig word om daardie kind te onderhou. Indien daarom bewys kan word dat 'n kind met semen van X verwek is, kan X, saam met die moeder van die kind, in beginsel aanspreeklik gehou word vir die onderhoud van daardie kind (sien Spiro "Artificial Insemination and the Law" 1972 *Acta Juridica* 215). Aan die ander kant kan die eggenoot van die moeder van 'n KIS-kind nie gemeenregtelik ex lege vir die onderhoud van die kind aanspreeklik gehou word nie, selfs al het sy eggenote die kunsmatige inseminasie op sy aandrang ondergaan. Die verpligting om sekere verwante te onderhou, is naamlik 'n "familieverpligting" (Voet 25 3 4)

wat op bloedverwantskap gefundeer is (*D* 25 3 5 2). Daarom bestaan daar nie 'n onderhoudsplig tussen 'n ouer en sy stiefkind (*Jacobs v Cape Town Municipality* 1935 CPD 474 481 en 482; *In re Estate Visser* 1948 3 SA 1129 (O) 1133; *Ex parte Pienaar* 1964 1 SA 600 (T) 605; *S v MacDonald* 1963 2 SA 431 (K) 432; *Joffe v Lubner* 1972 4 SA 521 (K) 523–524; *Wilkie-Page v Wilkie-Page* 1979 2 SA 258 (R) 259) of tussen aanverwante (sien bv *Ford v Allen* 1925 TPD 5) nie. Om dieselfde rede kan 'n persoon nie verplig word om die kind van sy eggenote te onderhou as hy nie die natuurlike vader van daardie kind is nie.

'n Onderhoudsplig kan natuurlik kontraktueel ontstaan. 'n Kontraktuele verpligting om 'n kind te onderhou van wie jy nie die natuurlike vader is nie, word egter nie vermoed nie en kan daarom alleen uit 'n nadruklike ooreenkoms tot dié effek spruit of as 'n noodwendige implikasie uit die kontrakterende partye se woorde of gedrag afgelei word. In *S v MacDonald* 1963 2 SA 431 (K) 432 is in dié verband beslis dat 'n onderhoudsplig nie gekonstrueer kan word bloot op grond van die feit dat 'n man die kind van sy eggenote soos 'n eie kind behandel "as an inevitable concomitant with the maintenance of the household" terwyl hy die consortium van die kind se moeder deelagtig is nie.

In die Verenigde State is daar in die afgelope tyd konsekwent 'n verpligting op die skouers van 'n man geplaas om die KIS-kind van sy eggenote te onderhou in gevalle waar die kunsmatige inseminasie met sy goedkeuring geskied het (sien Hahlo "No Support for the A.I.D. Child" en "The Non-Biological Father" 1968 *SALJ* 85–86 en 319–320). In *People v Sorensen* 1968 68 Cal 2d 280; 25 ALR 3d 1093 het die Kaliforniese hof van die veronderstelling uitgegaan dat die man tegnies die juridiese vader van die kind is omdat die kind regtens nie 'n natuurlike vader het nie. In *Gursky v Gursky* 1963 39 Misc 2d 1083; 242 NY S 2d 406 is vroeër beslis dat, hoewel 'n KIS-kind buite-egtelik is, die toestemmende eggenoot van die kind se moeder aanspreeklik is vir die onderhoud van daardie kind en wel op grond van estoppel. In daardie saak het die eggenoot, wat steriel was, toegestem dat sy vrou met semen van 'n derdepartyskenker geïnsemineer word. Hy het dokumente tot dié effek geteken, en hy het onderneem om al die kostes wat deur sy vrou se inseminasie opgeloop sou word, te betaal. Die hof het estoppel gekonstrueer op die basis dat dit redelik is om aan te neem dat die vrou oorreed is om kunsmatig geïnsemineer te word op sterkte van haar eggenoot se goedkeuring en dat sy, in vertroue op haar eggenoot se nadruklike wense in dié verband, haar posisie tot haar eie nadeel verander het (sien ook *Anonymous v Anonymous* 1964 41 Misc 2d 886; 246 NY S 2d 835).

Hier te lande het SA Strauss ook al aan die hand gedoen dat Suid-Afrikaanse howe waarskynlik die toestemmende eggenoot aanspreeklik sal hou vir die onderhoud van sy vrou se KIS-kind ("Do We Need to Legislate" *South African Medical Post* 28/10/78). Hy verklaar in dié verband:

> "It is questionable, however, whether a consenting husband could evade liability for maintenance of the child by subsequently proving that the child was conceived in A.I.D. In my opinion no court could allow a husband in these circumstances to renounce his responsibility to maintain a child where, through his voluntary collaboration with the A.I.D. he was also 'causaly' responsible – at least in a juridical sense – for the birth of the child."

Strauss verwys in dié verband na 'n dictum van regter Briggs in *R v Chenjere* 1960 1 SA 473 (FC) 482 waarin verklaar word dat 'n derde wat 'n moeder en haar jong kind uit die sorg van die kind se voog en natuurlike vader neem met die klaarblyklike bedoeling om 'n nuwe "familieverhouding" van 'n permanente of langdurige aard tot stand te bring, die beskerming van daardie moeder en kind sy eie verantwoordelikheid maak. Na aanleiding hiervan verklaar Strauss:

> "It would be a small step from there for a court to rule that the voluntary

acceptance of an A.I.D. child in a marriage relationship amounts to an assumption of a protective relationship involving the duty of maintenance."

Strauss se submissie word egter weerspreek deur die dictum in *S v MacDonald* waarna hierbo verwys is.

In 'n obiter dictum in die saak wat tans onder bespreking is, spreek regter Steyn die mening uit dat die plig van die eggenoot om die KIS-kind van sy vrou te onderhou in gevalle waar hy tot die kunsmatige inseminasie toegestem het, gefundeer moet word op 'n analogiese uitbreiding van die reëls wat op putatiewe huwelike van toepassing is (1011–1012 1016). 'n Putatiewe huwelik is 'n nietige huwelik wat aangegaan is terwyl een van of albei die partye onbewus was van die nietigheid van die huwelik; en een van die regsgevolge van so 'n "huwelik" is dat kinders wat verwek is terwyl ten minste die een "huwelksparty" aldus bona fide was, binne-egtelike status verkry. Soortgelyk, verklaar regter Steyn, behoort die toestemmende eggenoot as die "putatiewe vader" van die KIS-kind beskou te word met die gevolg dat hy regtens verplig is om vir die onderhoud van daardie kind in te staan.

Die analogie wat regter Steyn probeer konstrueer het tussen die konsep en gevolge van 'n putatiewe huwelik aan die een kant en kunsmatige inseminasie met toestemming van die vrou se eggenoot aan die ander kant, is – om die minste te sê – ietwat vergesog. Sy aannames in dié verband is klaarblyklik nie soseer 'n aanduiding van juridiese logika nie maar is waarskynlik geïnspireer deur 'n begeerte om die Suid-Afrikaanse reg ten aansien van KIS-kinders in ooreenstemming te bring met die eise van geregtigheid en billikheid. Daarvoor is egter na my mening wetgewing nodig.

Die argumentasie van die Amerikaanse howe in *Sorensen* en *Gursky* is naamlik ook nie in ooreenstemming met die beginsels van die Suid-Afrikaanse reg nie. In die Suid-Afrikaanse reg kan 'n man wat nie die natuurlike vader van 'n kind is nie, alleen op één manier die status van ouer van daardie kind verkry, en dit is deur middel van aanneming van die kind (a 74(2) van die Kinderwet 33 van 1960); en ten einde estoppel te konstrueer, sal besliste bewyse gelewer moet word dat die betrokke man, opsetlik of nalatiglik, misleidende voorstellings gemaak het wat daartoe aanleiding gegee het dat 'n derde tot sy/haar nadeel handel terwyl hy/sy geglo het dat die foutiewe voorstelling van die feite die waarheid vergestalt. Indien 'n man aan sy vrou toestemming verleen om kunsmatige inseminasie te ondergaan, beteken dit nie sonder meer dat hy toegestem het om die kind wat aldus verwek word, te onderhou nie; en sy toestemming kom ook nie neer op die soort voorstellinge waarop estoppel gefundeer kan word nie.

Daarom word hiermee wetgewing bepleit wat 'n getroude man sal verplig om 'n kind van sy eggenote te onderhou indien dit sou blyk dat hy daardie kind as lid van die gesin aanvaar het.

In die Verenigde Koninkryk is daar trouens geruime tyd gelede reeds sodanige wetgewing aanvaar. Ingevolge artikel 16 van die Maintenance Proceedings (Magistrates' Court) Act 1960 (8 & 9 Eliz II c 48) sluit die begrip "child of the family" die kind in van een huwelksparty wat deur die ander huwelksparty as 'n lid van die gesin aanvaar is; en kragtens artikel 2(5) van die wet kan die hof in matrimoniële bevele voorsiening maak vir die betaling van onderhoud deur een van die huwelkspartye ten aansien van 'n "kind van die gesin" waarvan daardie huwelksparty nie die natuurlike ouer is nie. Wanneer die hof so 'n onderhoudsbevel oorweeg, moet ag geslaan word op "the extent, if any, to which that party had, on or after the acceptance of the child as one of the family, assumed responsibility for the child's maintenance, and to the liability of any person other than a party to the marriage to maintain the child." In *Bowlas v Bowlas* 1965 P 450 (CA) is beslis dat hierdie voorskrif al-

leen toepassing vind indien (a) daar 'n gesinsverband bestaan en (b) die kind van die een huweliksparty deur die ander huweliksparty aanvaar is as 'n "kind van die gesin;" en dan moet die hof ook nog oorweging skenk aan die vraag of en tot welke mate die ander huweliksparty tevore verantwoordelikheid aanvaar het vir die onderhoud van die betrokke kind, en of enige ander persoon ten aansien van daardie kind onderhoudspligtig is. Regter Salmon het in 'n ondersteunende uitspraak bygevoeg dat die blote feit dat 'n man met 'n vrou trou wat reeds 'n kind het, nie noodwendig wil sê dat hy daardie kind as lid van die gesin aanvaar nie. Dit geld na my mening ook indien 'n man toestem dat sy vrou met semen van 'n derdepartyskenker geïnsemineer word en daarop geboorte gee aan 'n KIS-kind.

Die Engelse wet staan nie, moreel gesproke, bo verdenking nie. Die feit dat 'n eggenoot moontlik aanspreeklik gehou kan word vir die onderhoud van 'n kind van die ander huweliksparty mag byvoorbeeld voorkom dat hy/sy daardie kind as "lid van die gesin" aanvaar. Tog sal sodanige wetgewing na my mening nodig en wenslik wees ten einde aanspreeklikheid ex lege van onder meer 'n toestemmende man vir die KIS-kind van sy vrou in die lewe te roep. Die wetgewer behoort na my mening meteen ook die derdepartyskenker te vrywaar van aanspreeklikheid vir die onderhoud van 'n kind wat deur middel van kunsmatige inseminasie met sy saad verwek is.

Dit bring my vervolgens by die vraag of 'n KIS-kind as binne-egtelik beskou moet word.

In die Verenigde State is daar verskeie gewysdes waarin verklaar is dat 'n KIS-kind buite-egtelik is (bv *Gursky v Gursky* 1963 39 Misc 2d 1083, 242 NY S 2d 406), terwyl in ander gewysdes van die veronderstelling uitgegaan is dat geen openbare doel gedien sou word deur 'n KIS-kind die status van binne-egtelikheid te ontsê nie (bv *People v Sorensen* 1968 68 Cal 2d 280; 25 ALR 3d 1093).

Die tans geldende Suid-Afrikaanse reg laat geen twyfel in dié verband nie: 'n kind wat deur middel van kunsmatige inseminasie verwek is met semen van sy moeder se eggenoot, is binne-egtelik (sien Masters "Artificial Insemination" 1953 *SALJ* 377 en 379; Spiro "Artificial Insemination and the Law" 1972 *Acta Juridica* 214); indien die kind verwek is met semen van 'n derdepartyskenker kan daardie kind, ooreenkomstig die beginsel "legitimatio per matrimonium subsequens," binne-egtelik word indien die kind se moeder na sy geboorte met die skenker trou (sien Spiro 213); 'n KIS-kind kan ook deur adopsie binne-egtelike status verkry (a 74(2) van die Kinderwet 33 van 1960); in alle ander gevalle is 'n kind wat by wyse van kunsmatige inseminasie verwek is met semen van 'n derdepartyskenker, buite-egtelik (Masters 379; Spiro 214; Strauss *South African Medical Post* 28/10/78; Gordon, Turner & Price *Medical Jurisprudence* (1953) 67–68; Hahlo "Some Legal Aspects of Human Artificial Insemination" 1957 *SALJ* 174); en die vraag of die eggenoot van die kind se moeder toegestem het dat sy vrou met semen van 'n derdepartyskenker geïnsemineer word, is in dié verband volkome irrelevant (ibid).

Daar is naamlik in die Suid-Afrikaanse reg net vyf groepe binne-egtelike kinders. Vir regsdoeleindes is 'n kind binne-egtelik (a) indien sy natuurlike ouers met mekaar getroud was op die datum van sy konsepsie, of op die datum van sy geboorte, of op enige tydstip tussen die datum van sy konsepsie en geboorte (Van Leeuwen *RHR* 1 7 2; en vgl Grotius *Inl* 1 12 2; Voet 1 6 6; Van der Keessel *Prael Th* 169); (b) indien die verbintenis van sy natuurlike ouers neerkom op 'n putatiewe huwelik, in welke geval gewoonlik by die hooggeregshof aansoek gedoen word om die kind se binne-egtelike status te bevestig (sien bv *Prinsloo v Prinsloo* 1958 3 SA 759 (T); *M v M* 1962 2 SA 114 (GW); *Vather v Seedat* 1974 3 SA 389 (N)); (c) indien die natuurlike ouers van

die kind na die kind se geboorte met mekaar trou, in welke geval die leerstuk "legitimatio per matrimonium subsequens" van toepassing is (Grotius *Inl* 1 12 9 en 2 31 7; Voet 1 6 7 en 36 1 14; *Ex parte J* 1951 1 SA 665 (O); *Howes v Howes* 1958 4 SA 41 (K) 42; *Ex parte Godden* 1962 2 SA 360 (SR)); (d) indien hy aangeneem word (a 74(2) van die Kinderwet 33 van 1960); en (e) indien die huwelik van die kind se natuurlike ouers ingevolge die Wet op Verbod van Gemengde Huwelike 55 van 1949 nietig is, die huweliksbevestiger bona fide opgetree het en die kind verwek of gebore is voor die huwelik nietig verklaar is (a 1(1)(b) van die genoemde wet). 'n KIS-kind kan in geeneen van hierdie kategorieë tuisgebring word nie.

In die onderhawige saak het regter Steyn "met leedwese" hierdie slotsom onderskryf (1016 en sien ook 1014). Na sy mening behoort aan 'n KIS-kind binne-egtelike status toegeken te word indien die eggenoot van die kind se moeder sy goedkeuring verleen het vir die kunsmatige inseminasie van sy vrou (vgl 1012 en 1015). Maar dit, gee hy toe, is nie die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg nie.

Daar moet in die onderhawige verband op gewys word dat die vermoede "pater est quem nuptiae demonstrant" kan meebring dat, weens bewysregtelike probleme, die eggenoot van 'n KIS-kind se moeder wel as die vader van daardie kind, en die kind dus as binne-egtelik, beskou mag word (sien bv *Park v De Necker* 1978 1 SA 1060 (N) 1061–1062, waar beslis is dat die genoemde vermoede vir doeleindes van die binne-egtelike status van 'n kind van krag bly selfs al het 'n onderhoudshof vir doeleindes van onderhoud reeds bevind dat die betrokke man nie die natuurlike vader van sy eggenote se kind is nie). Die bewysregtelike probleme wat in dié verband mag bestaan, word verder gekompliseer indien sperm van die derdepartyskenker met semen van die betrokke eggenoot gemeng word, soos wat in die Verenigde State die gebruik is by kunsmatige inseminasie (1009; en sien Spiro 214). In so 'n geval sou in gepaste omstandighede egter steeds gebruik gemaak kon word van byvoorbeeld bloedtoetse (sien *Ranjith v Sheela* 1965 3 SA 103 (D)) of van die HLA-stelsel van weefseltipering (sien *Van der Harst v Viljoen* 1977 1 SA 795 (K)) om aan te toon dat die betrokke eggenoot nie die natuurlike vader van die vermeende KIE-kind is nie.

Ek sou weer eens wetgewing wou bepleit om binne-egtelike status te verleen aan KIS-kinders wat verwek is met die goedkeuring van die eggenoot van hulle moeder. Wanneer dergelike wetgewing oorweeg word, moet rekening gehou word met die heersende etiese standaarde en godsdienstige oortuigings wat in die gemeenskap gangbaar is, maar die wetgewer sal hom in die onderhawige verband hopelik nie van stryk laat bring deur die vooroordele van daardie moraliste wat tradisioneel 'n weerstand openbaar teen alle innovasies nie. Daar is, moreel gesproke, vir kunsmatige inseminasie in die geval van kinderlose huwelike ten minste net soveel te sê as vir adopsie. In die geval van kunsmatige inseminasie is die kind ten minste vlees en bloed van die een huwelikspartу. En die eeue-oue argument dat kunsmatige inseminasie in sulke gevalle 'n sondige bemoeienis met die wil van God uitbeeld, kan seker ook van toepassing gemaak word op die mediese behandeling van 'n vrot tand.

Die wetgewer behoort aandag te gee aan die administratiewe regulering van kunsmatige inseminasiepraktyke ten einde vleeslike gemeenskap en huwelike tussen persone wat bioties binne die verbode grade van verwantskap te lande kom, aan die kaak te stel. Die verbod op bloedskande en huwelike tussen bloedverwante berus naamlik op die biotiese feit dat kinders wat uit sulke verhoudings gebore word, die gevaar loop om met fisieke en/of geestelike gebreke in die wêreld te kom. Die risiko van bloedskande en ondertrouery van bloedverwante wat onbewus is van hulle biotiese verwantskap, kan in die geval

van kunsmatige inseminasie verminder word deur die gebruik van die semen van 'n bepaalde skenker te beperk tot net enkele gevalle.

'n Onlangse opname in die Verenigde State (sien Curie-Cohen, Luttrell & Shapiro "Current Practice of Artificial Insemination by Donor in the United States" *The New England Journal of Medicine* 15/3/1979 585 ev) het insiggewende feite aangaande kunsmatige inseminasiepraktyke in daardie land aan die lig gebring. Nagenoeg 80% van die geneeshere wat op die betrokke vraelys gereageer het, het erken dat hulle kunsmatige inseminasie toedien; daardie dokters het gedurende 1976 aldus meegewerk tot die verwekking van 3 576 kinders; die skenkers is slegs oppervlakkig geselekteer met die oog op genetiese siektes; slegs 37% van die dokters het rekord gehou van die kinders wat by wyse van kunsmatige inseminasie verwek is, terwyl slegs 30% boekgehou het van die skenkers. Heel weinig van die dokters het 'n bepaalde beleid nagevolg ten aansien van die hoeveelheid kere wat die saad van 'n bepaalde skenker gebruik word. Die risiko van latere "bloedvermenging" as gevolg van kunsmatige inseminasie word as relatief hoog beskou. Die verslag konkludeer in dié verband:

> "Current practices reflect little concern for the possibility of consanguinious mating or other effects of multiple donor use. Guidelines are needed to limit the number of pregnancies produced by a single donor" (589).

In Suid-Afrika gaan dit sekerlik nie beter daaraan toe nie. Daarom moet die noodsaak van behoorlike kontrole van kunsmatige inseminasiepraktyke nogmaals beklemtoon word.

Die nadraai van *V v R* is by die skrywe hiervan nie bekend nie. Ingevolge die bevinding in daardie saak word die toestemming van die respondent nie vereis vir die aanneming van die applikante se KIS-kind nie, maar indien daar werklik 'n intieme ouer-kindverhouding tussen die respondent en daardie kind ontwikkel het, mag die kinderhof moontlik bevind dat aanneming van die kind nie in die kind se belang of bevorderlik vir sy welsyn is nie, in welke geval die kinderhof buitendien kan besluit om die aansoek vir die aanneming van die kind van die hand te wys (sien a 71(2)(c) van die Kinderwet 33 van 1960).

Daar is nog één aspek van die onderhawige uitspraak wat ek met huiwering (en met respek) opper – ek meen egter dat dit noodsaaklik is dat dit geopper moet word. Dit is die swak taalkundige versorging van die uitspraak. Foutiewe spelling soos "gemenesaak" (1008), 'n verkeerde gebruik van die verlede tydsvorm soos ". . . was (ipv 'is') 'n ooreenkoms tussen die partye ingelyf . . ." (1008), onsuiwere sinskonstruksies soos ". . . die derde kategorie bogenoem" (1009), ". . . is daar geen verwysing na kunsmatige inseminasie" (1009 – dit is sonder die tweede been van die dubbele negatief) en "die man . . . wie toestemming gegee het" (1014) is volkome onaanvaarbaar. Ek wil verder aan die hand doen dat ons afsien om van "(on)egte" of "(on)wettige" kinders te praat. Egtheid en wettigheid in die betrokke verband is 'n kwalifikasie van 'n handeling en nie van 'n persoon nie. "Binne- en buite-egtelikheid" sou 'n mens se taalgevoel meer bevredig laat.

Ek opper hierdie aangeleentheid nie ter wille van taalkundige purisme nie, maar as lid van daardie korps leermeesters wat die noodsaak besef dat 'n regsgeleerde sy taal noukeurig en korrek moet kan gebruik en wat daarom nogal heelwat tyd bestee om 'n suiwere gebruik van Afrikaans by Afrikaanse studente aan te kweek. Regterlike uitsprake wat in 'n swak taalvorm gegiet is, bemoeilik dié taak van die regsdosent.

JD VAN DER VYVER
Universiteit van die Witwatersrand

BUYTENDAG BOERDERY BELEGGINGS (EDMS) BPK v GOLDBERG 1979 2 SA 172 (T)

Contract of lease – notice of rescission

The general rule regarding rescission in a contract of long lease, as it is understood in South Africa today, is that the mere failure to pay rent does not entitle the lessor to cancel the lease (Cooper *The SA Law of Landlord and Tenant* (1973) 147; Kerr *The Law of Lease* (1976) 92). The remedy of cancellation is only afforded to a lessor where the lessee has been in arrears for at least two years, or the lease provides for forfeiture. Considering the position where there is no lex commissoria the *Digest* has two passages which arouse interest, namely *D* 19 2 54 1 and 19 2 56. On the authority of these texts the institutional writers state that in the case of a lease for longer than two years the lessor is entitled to cancel on the ground of non-payment of rent if the lessee has been in arrears for two years (Groenewegen *De Leg Abr ad D* 19 54 1; 19 2 56; Voet 19 2 16; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 3 19 11; Grotius 3 19 11 is of the same opinion but he cites no authority; see also Huber 3 9 12).

The South African courts have accepted this rule (*Birkett v Woodroffe and Marais* (1889) 3 SAR 102 105; *Johns v Colonial Government* (1898) 15 SC 245 250; *Estate Thomas v Kerr* (1903) 20 SC 354 362 et seq; *Solomons v Van Zyl* (1908) 25 SC 974; *Metropole Building Pty Ltd v Lovell* 1939 WLD 172 179; *Gamsu v Khan* 1947 1 SA 616 (W) 618; *Gerber v Van Eyssen* 1947 1 SA 705 (T) 707–708; *Du Pisanie v Van Rensburg* 1950 2 SA 124 (E) 128). However, there have also been a number of cases in which it has been criticised. In *Spies v Lombard* 1950 3 SA 469 (A) 487B–G van den Heever JA had the following to say about the two year rule:

> "It is trite law that non-payment of rent is not per se good cause for cancellation. The rule stated by most of our authorities, namely that a landlord cannot in the absence of a forfeiture clause in the lease sue for ejectment unless his tenant has been in arrear with the payment of rent for at least two years, seems to me arbitrary and unjust and it is based on communis error; the passages from the *Corpus Juris* upon which our authorities rely do not support the proposition. In *D* 19.2.54.1 Paul says that a lessee who had stipulated for a conventional penalty in the case of ejectment and is in arrear with his rent for two years may be met with the exceptio doli if upon being ejected he sues on the stipulation; for the stipulation contains the implied condition 'provided I duly pay my rent'. *D* 19.2.65 merely provides that where the lessees of flats and barns have disappeared and failed to pay rent for two years, the landlord may enforce the landlord's lien on invecta et illata in their absence. There is no mention of ejectment or cancellation. *Novel* 120 C8 provides that both leases and emphyteuta may be cancelled if the tenant is in arrear with rentals or canons for more than two years, but that was a privilege accorded to the Church and piae causae, and, as Groenewegen testifies (*De Legib Abrogat ad Constit Cit*) it had fallen into desuetude after the Reformation. Nowhere in the *Pandects* is it stated, however, that a lessor may not cancel a lease on that ground within two years where the equity of the case demands it. It is unnecessary for present purposes to examine the degree of tolerance, but, in any event, it is clear that in this regard equitable elasticity prevailed and prevails."

De Vos, in his commentary on Gibson's *South African Mercantile and Company Law* (1962 *Acta Juridica* 167) supports the use of a notice of rescission in the contract of lease:

> "In dealing with the failure of a tenant to pay his rent, Mr Gibson accepts that the rule of the common law that a landlord may not cancel the contract on this account (except where the tenant has been in arrears for two

years) is still the rule today. But is this correct? In the case of sale, for instance, the rule also used to be that, in the absence of a lex commissoria, the sellor could not cancel the contract on account of the buyer's mora (see Voet 19.1.21.). Our law has changed, however, and, even when time was not originally of the essence, it can now be made of the essence by the giving of a 'notice of rescission,' accompanied by an interpellatio, if no time for performance had been fixed, and failing performance within the time stipulated, it can be cancelled. Is there any reason why this rule should not apply to the contract of letting and hiring as well?"

De Wet and Yeats give the following concise statement: "Onder gepaste omstandighede kan die verhuurder selfs uit die ooreenkoms terugtree" (*Kontraktereg en Handelsreg* 4th ed 324) from which one can deduce that they are of the same opinion.

In *Buytendag Boerdery Beleggings* (*Edms*) *Bpk v Goldberg* 1979 2 SA 172 the position in the Transvaal has now been changed to conform to modern precepts with regard to the cancellation of a contract on the ground of mora in the absence of a lex commissoria, namely by the application of the English doctrine of notice of rescission to contracts of lease as well. It is to be hoped that the appellate division will follow suit at the first opportunity.

In the present case a contract of lease of five years existed between applicant and respondent. The rent was R700 per year, payable in advance. Respondent failed to pay the rent whereupon applicant informed him that if the rent was not paid within a certain time the contract would be cancelled without further notice. Respondent tendered payment three days late and was accordingly given one month in which to vacate the premises (173–174). The question to be decided was whether the lessor had acquired a right to rescind the contract of lease as a result of the lessee's default, regardless of the abovementioned common law principle.

It was argued for applicant that, although the contract had made no provision for cancellation, applicant had acquired the right by the notice of rescission (174C). For respondent it was argued that a lessor under the present circumstances would only be entitled to cancel after rent had been in arrears for a period of two years (174E where reference is made to "lessee" instead of "lessor," obviously a printing error).

De Villiers AJ, who delivered the judgment, examines the English doctrine of notice of rescission and its acceptance in our law with regard to the contract of sale (175F). In *Nel v Cloete* 1972 2 SA 150 (A) Jansen JA sums up the position as follows (176D–E):

> "Op grond van die voorgaande skyn die posisie te wees dat, na aanleiding van die Engelse reg, in ons regspraak die moontlikheid om deur 'n aanmaning van terugtreding 'n terugtredingsreg te verwerf aanvaar is ten opsigte van verbintenisse beide met en sonder tydsbepaling. Die Engelsregtelike vereiste van voorafgaande 'default' (as voorvereiste vir die gee van 'n geldige 'notice of rescission') is ook vanuit die Engelse reg oorgeneem en aangepas. By die verbintenis met tydsbepaling het *mora* die plek daarvan ingeneem; *dies interpellat pro homine* en, as by die vervaldatum nog nie presteer is nie, verkeer die skuldenaar vanaf daardie datum *in mora*, en daarna kan 'n geldige kennisgewing van terugtreding gegee word, mits 'n 'redelike' termyn gestel word."

Counsel for the respondent argued that the above principles applied to sale and not lease and reminded the judge of the "tolerant treatment policy" towards contracts of lease in our law (176G). De Villiers AJ found that no reason existed for treating a contract of lease more tolerantly than a contract of sale and furthermore both happened to be contracts negotia bonae fidei (176H). Finally he concluded that (176H): "Daar is dus geen rede na my mening waarom die beginsels wat in *Nel v Cloete* uiteengesit is nie ook sal geld ten opsigte van die huurkontrak nie." (See

also Cooper *The SA Law of Landlord and Tenant* (1973) 149; Kerr *The Law of Lease* 2nd ed (1976) 93.)

Where a contract of lease does not contain a lex commissoria in favour of the lessor, he can acquire a right to cancel by giving a notice of rescission as soon as the lessee happens to be in arrears with the rent. Alternatively, he can wait until the lessee has been in arrears for a period of two years and then apply for the latter's ejectment (177E).

Applied to the facts of the present case De Villiers AJ decided that (178E):

> ". . . applikant geregtig was om aan die respondent 'n kennisgewing van ontbinding te rig om sodoende 'n terugtredingsreg te verwerf."

LUANDA HAWTHORNE
University of South Africa

BOTHA v BOTHA 1979 3 SA 792 (T)

Opskortende voorwaarde – tydsbepaling – vestiging van regte

Die testament wat in hierdie saak ter sprake gekom het, het onder andere die volgende bepaling bevat:

> "5 Die restant van ons vaste eiendom bemaak ons hiermee aan die kinders van ons seun Hermanus Joachim Botha, alreeds gebore of nog gebore te word, onderhewig aan die volgende voorwaardes . . ."

Een van die "voorwaardes" (klousule 5(d)) was dat as die gemelde Hermanus Joachim Botha sterf sonder om wettige afstammelinge "na te laat," 'n kerk op die opbrengs van die grond geregtig sou word. Hermanus Joachim Botha het twee kinders gehad maar by sy dood was een van hulle reeds oorlede en die vraag voor die hof was of hulle regte reeds by die dood van die testateur gevestig het of eers by die dood van Hermanus Joachim Botha. Regter Eloff beslis dat die testateur se kleinkinders by die dood van Hermanus Joachim in lewe moes wees en dat die boedel van die oorlede kleinkind dus nie op enige voordeel geregtig is nie. Die hof wys daarop dat dit 'n erkende reël is dat as 'n bemaking onvoorwaardelik is en bevoordeeldes as 'n klas aangedui word, byvoorbeeld die erflater se kleinkinders, die lede van die klas wat bestaan by die erflater se dood onmiddellik regte verkry. Die omvang van die reghebbendes se vordering vermin-der egter proporsioneel na gelang verdere lede tot die klas toetree, welke latere persone se regte onmiddellik by toetrede tot die klas vestig (794C–D).

Volgens die regter is bostaande posisie verander deur klousule 5(d) waarvolgens die kerk op die voordeel geregtig word as Hermanus Joachim nie wettige afstammelinge "nalaat" nie. Dit is duidelik dat die vraag wanneer die kleinkinders van die testateur gevestigde regte verkry, sal afhang van die vraag of die bemaking aan hulle opskortend voorwaardelik is al dan nie. Die bemaking aan die kleinkinders bevat op sigself geen opskortende voorwaarde nie. Dit is 'n onvoorwaardelike bemaking aan hulle terwyl die kerk as direkte substituut ingestel word. Die regter sê dan ook tereg dat òf die kleinkinders, òf die kerk sal erf (793H). Die regter lees egter in klousule 5(d) 'n stilswyende opskortende voorwaarde van oorlewing in. Hy meen dat dit die bedoeling van die erflater was dat, indien Hermanus Joachim sonder afstammelinge sterf, 'n ander instansie die voordeel moet erf. Hy stel dit soos volg:

> "So gesien is die bemaking van die kleinkinders opskortend voorwaardelik, die *dies certus an incertus quando* synde die dood van seun [Hermanus Joachim] en die gebeurtenis waaraan die bemaking onderhewig is, dat seun

'wettige afstammelinge nalaat.' Dit is duidelik dat hulle moet lewe by seun se dood anders moet 'n woordwysigende uitleg gevolg word" (795B).

In 'n kleinkind wat voor hierdie stadium gesterf het, het dus geen regte gevestig nie.

Sekere stellings wat in die uitspraak gemaak word, is vir my nie heeltemal duidelik nie. Op bladsy 794A onderskei die regter eers tussen dies cedens legati as die tydstip waarop vir die begunstigde 'n vorderingsreg ten opsigte van die voordeel ontstaan, en dies veniens legati as die tydstip waarop hierdie vorderingsreg afdwingbaar word. Op bladsy 794C word dan voortgegaan:

"By 'n bemaking wat onvoorwaardelik is en nie gekoppel is aan 'n tydsbepaling nie, sal *dies cedens legati* gewoonweg by die dood van die erflater aanbreek."

'n Mens moet hier daarop wys dat 'n voorwaarde en 'n tydsbepaling nie dieselfde effek op die vestiging van regte op 'n bestorwe boedel het nie. By 'n voorwaarde het ons te doen met 'n *onsekere* toekomstige gebeurtenis. By vervulling van die voorwaarde word regte òf opgehef (ontbindende voorwaarde) òf gevestig (opskortende voorwaarde). In die geval van 'n tydsbepaling het ons te doen met 'n tydstip wat *seker* in die toekoms sal aanbreek. By 'n tydsbepaling vind dies cedit by die dood van die erflater plaas. Vestiging van die reg in die begunstigde word met ander woorde nie uitgestel nie en as hy sou sterf voordat die bepaalde tydstip plaasvind, sou die reg deel van sy boedel vorm. Trouens, soos uit bostaande blyk, is dit slegs in die geval van 'n opskortende voorwaarde dat dies cedit uitgestel word. In geval van 'n ontbindende voorwaarde vestig die reg ook dadelik in die begunstigde maar die duur van sodanige reg is dan onseker (Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 3e uitg (1977) 13).

Dieselfde probleem kom in die volgende uitlating van die regter tot uiting (794F–G):

"Waar die erfstelling egter onderhewig gestel is aan 'n voorwaarde, of tydsbepaling, word *dies cedens legati* uitgestel na die toekoms. Wanneer dit aan die einde van 'n vaste termyn val, lewer dit nie probleme nie. Maar indien die tydstip waarheen dit uitgestel word 'n onsekere toekomstige gebeurtenis is wat moontlik nie sal plaasvind gedurende die lewe van die bevoordeelde nie, is die posisie meer problematies."

Die vaste termyn waarvan die regter hier praat, sou 'n mens miskien as 'n voorbeeld van 'n tydsbepaling kan beskou waar vestiging van die voordeel in die begunstigde nie uitgestel is nie. 'n Mens moet egter daarop let dat in alle gevalle waar 'n voordeel aan 'n persoon bemaak word, maar genot van daardie voordeel tot 'n toekomstige datum na die dood van die testateur uitgestel word, die vraag beantwoord moet word of die bemaking opskortend voorwaardelik is, in welke geval die bevoordeelde geen gevestigde reg by die dood van die erflater verkry nie en of die woorde slegs gebruik is om die genot van die voordeel uit te stel, in welke geval die bevoordeelde wel 'n gevestigde reg by die dood van die erflater verkry. Die antwoord op hierdie vraag sal altyd van die bedoeling van die testateur afhang (sien Cowen "Vested and Contingent Rights" 1949 *SALJ* 404 413; Van der Merwe en Rowland 12).

Alhoewel die regter dus meen dat ons hier met 'n opskortende voorwaarde te doen het en dat die begunstigdes dus eers 'n gevestigde reg verkry as hulle by die dood van Hermanus Joachim in die lewe is, meen hy dat daar ook 'n ander benadering tot die probleem is (795C–E). Hy sê dat as dit korrek is dat dies cedens legati reeds voor die dood van Hermanus Joachim aangebreek het, dit sou beteken dat die kleinkinders reeds op daardie stadium gevestigde regte verkry het. As die kleinkinders en hul afstammelinge egter voor die seun te sterwe sou kom, sou daar 'n ontvestiging van hul regte moet wees en 'n hervestiging van die regte in die kerk. Om hierdie rede moet in die onderhawige geval beskou word dat vestiging

eers geskied by plaasvind van die toekomstige gebeurtenis.

Dit is egter nie vir my heeltemal duidelik dat daar in dié omstandighede inderdaad van ontvestiging van regte sprake sal wees nie. 'n Mens moet in gedagte hou dat ons hier met 'n direkte substitusie te doen het en by direkte substitusie erf institutus en substitutus nooit saam of agtereenvolgend nie, maar sluit mekaar geheel en al uit (Van der Merwe en Rowland 269). As dus bevind is dat dit die bedoeling van die testateur was dat die regte reeds by sy dood in sy kleinkinders moes vestig, kan die kerk *nooit* bevoordeelde word nie. Wat die kerk betref, is die bemaking onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde, naamlik dat die ingestelde persone, in casu die kleinkinders, nie erf nie. Erf die ingestelde persone, is hy uit die prentjie (Van der Merwe en Rowland 269). As die reg dus in die onderhawige saak eenmaal in die kleinkinders gevestig het, sal dit deel van hul boedel vorm en as hulle daarna sou sterf, sou dit op hul erfgename vererf en nie in die kerk hervestig nie.

DSP CRONJÉ
Universiteit van Suid-Afrika

S v TALIE 1979 2 SA 1003 (C)

Criminal procedure – confession – section 115(2)(a) and (b) of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 – applicability of section 209 – procedure of recording confession

In *S v Klaasen* 1978 1 SA 355 (C) the following situation occurred: The accused appeared in a magistrate's court and pleaded not guilty to the charge against him. Thereupon the magistrate questioned the accused in terms of section 115(2)(a) of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 in order to establish which allegations in the charge were in dispute. In consequence of this questioning the accused made admissions which placed no allegations in dispute. That is, the accused made a confession. One must assume that the admissions were recorded in terms of section 115 (2)(b), and were thus deemed to be admissions under section 220 (which are "sufficient proof" of the facts admitted). The magistrate thereupon found the accused guilty on the basis of this confession without hearing any evidence. On review the conviction was set aside on the ground that section 209 of the act had not been complied with.

Section 209 provides that an accused may be convicted of any offence on the single evidence of a confession by the accused, if the confession is confirmed in a material respect or where it is not so confirmed, if the offence is proved by evidence aliunde to have been actually committed.

The decision in *Klaasen* evoked, with respect, well-founded criticism, the gravamen thereof being that section 209 applied only to extracurial confessions. In other words, where an accused makes a confession in facie curiae there is no requirement that the confession be confirmed or the commission of the offence proved by evidence aliunde (see eg Barton 1978 *SACC* 92; Klopper 1978 *SACC* 95; Bekker 1978 *THRHR* 205).

Thereafter a situation similar to the one in *Klaasen* occurred in another Cape decision, *S v Talie* supra. Here too the magistrate recorded the admissions constituting the confession in terms of section 115(2)(b) of the act. On review the supreme court held that where a confession is made during the clarification of plea in terms of section 115(2)(a) and recorded in terms of section 115(2) (b), such confession does not have to comply with the requirements of section 209. This approach is, with respect, unassailable.

The question which arises, however, is *what procedural steps follow the recording of such a confession*? Firstly, all the ingredients for a finding of guilty are present. The plea of not guilty has been followed by a confession in facie curiae which has been recorded in terms of section 115(2)(b) and therefore operates as proof ("bewys") of the offence charged. This dispenses with the need for any further proof or evidence ("getuienis"). (On the distinction between "proof," "evidence" and "evidential material" see *R v V* 1958 3 SA 474 (C) 479; *S v Mokgeledi* 1968 4 SA 335 (A); *S v Nzuza* 1963 3 SA 631 (A); Ferreira *Strafproses in die Laer Howe* 2nd ed 418.) The state is thereby placed in the position of being able to close its case without further ado. If, after the defence has closed its case, the court is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused is guilty of the offence charged, a finding of guilty will ensue.

Alternatively, the presiding officer could point out to the accused that his admissions in fact constitute a confession, and the purpose of such a procedure would be to give the accused the opportunity of altering his plea to one of guilty. It has been argued that the court can alter the plea of not guilty mero motu (see Klopper 96). I offer no opinion on the permissibility or otherwise of this procedure, but simply mention it as a possibility. However that may be, if the plea is in fact altered to one of guilty, either through the instrumentality of the accused or the court, then the case will be further dealt with in accordance with section 112 of the Act. (See Trengove 1979 *The Magistrate* 150 on the procedure to be applied after a change of plea to guilty.) If, however, the accused persists in his plea of not guilty and the plea is not altered mero motu by the court, then one is again presented with the first situation described above, namely, a plea of not guilty coupled with a recorded confession. (In this note the phrase "recorded confession" is used to indicate a confession recorded in terms of s 115(2)(b).) The state can simply close its case. The different procedural courses of action set out above are succinctly, and, it is submitted, correctly stated by Bekker (208) as follows:

> "'n Landdros kan sekerlik die beskuldigde se aandag daarop vestig dat sy verklaring in der waarheid op 'n pleit van skuldig neerkom. Die beskuldigde kan dan altyd sy pleit na een van skuldig verander en die hof kan hom sonder getuienis skuldig bevind. Al sou artikel 112 dan van toepassing wees, is daar aan daardie bepalings voldoen. Sou die beskuldigde met sy pleit van onskuldig volstaan, kan die Staat eenvoudig sy saak sluit want alle feite in geskil is in werklikheid deur die beskuldigde erken en daardeur is bewys van hierdie feite onnodig (sien a 220)."

It is on the basis of the procedures submitted above that the procedure laid down in *Talie* falls to be considered. At 1005A Friedman J states:

> "Die landdros behoort egter in 'n geval soos die onderhawige, veral waar die beskuldigde nie deur 'n regsgeleerde bygestaan word nie, pertinent die beskuldigde se aandag op die inherente teenstrydigheid tussen sy pleit en sy erkenning te vestig. Indien die beskuldigde in *BEIDE* sy pleit en sy erkenning volhard, kan die landdros hom op grond van sy erkenning skuldig bevind mits hy tevrede is dat die beskuldigde inderdaad skuldig is. In die onderhawige geval blyk dit dat die landdros nie hierdie prosedure gevolg het nie" (my emphasis).

Since the admissions contained in the clarification of plea were recorded in terms of section 115(2)(b) by the magistrate in *Talie*, it seems clear that the procedure prescribed by the review court is intended to be applicable at the stage subsequent to the admissions being so recorded. This also appears from the fact that the accused could not, following on his plea of not guilty, be found guilty solely "op grond van sy erkenning" (1005B) unless the admission (confession) *was* recorded in terms of section 115(2)(b) and thereby elevated to the status of proof of the offence. Having established this, the questions

which present themselves for consideration are:

(i) what requirements are prescribed by the procedure laid down in *Talie*; and

(ii) what are the possible legal consequences or implications of this procedure?

(i) *The Requirements of the Procedure*

Firstly, the procedure requires the magistrate to draw the accused's attention to the discrepancy between the plea of not guilty and the recorded confession.

Secondly, the procedure prescribes that the accused can be found guilty if he persists in *both* his plea and his confession ("indien die beskuldigde in beide sy pleit en sy erkenning volhard"), provided the presiding officer is satisfied that the accused is in fact guilty. It is submitted that what this means is that it is not sufficient for a finding of guilty that the accused persist only in his plea of not guilty, but that the accused is required to persist in *both* his plea and his confession.

(ii) *The Legal Implications of the Procedure*

It is submitted that the practical effect of the requirement that for a finding of guilty the accused must persist in both his plea of not guilty and his recorded confession, is that the accused is given the opportunity of declining to persist in either the one or the other. If the accused declines to persist in his plea of not guilty but persists in his confession there is no problem. The accused can request the court to alter his plea to one of guilty. The court can thereafter act in terms of section 112 and find the accused guilty without any evidence being led.

But what is the position if the accused declines to persist in his recorded confession and re-affirms his plea of not guilty? According to *Talie's* case a finding of guilty cannot follow, since the accused has not persisted in both his plea and his confession. This means that although on general procedural and evidential rules there are grounds for a finding of guilty (that is, a plea of not guilty coupled with a recorded confession constituting "sufficient proof" of the offence), the confession has been deprived of its status and effect as proof by the simple expedient of the accused declining to persist in it. With respect, I cannot conceive of anything in the general law of evidence of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 which might justify such a device. Once an admission has attained the status of proof of the fact admitted, such admission is a "fait accompli." Logically, any device which could operate to prevent the admission attaining the status of proof, would have to operate *before* the admission attained that status and not retroactively as according to *Talie*.

An accused's clarification of plea in terms of section 115 forms part of the evidential material. The accused may, for example, be cross-examined on it, and if he testifies and contradicts it this will, in the absence of an explanation on his part, affect his credibility (see *S v Malebo* 1979 2 SA 636 (BH) and *S v Mogoregi* 1978 3 SA 13 (O)). It could therefore be argued that a recorded confession in which an accused declined to persist in accordance with the procedure laid down in *Talie*, would form part of the evidential material. This is no doubt so, but it provides no "raison d'être" for the procedure whereby the recorded confession is ex post facto deprived of its status as proof.

To sum up on this aspect, it is submitted that it is neither possible nor desirable to relegate a confession in facie curiae recorded in terms of section 115(2)(b) from its role as proof to a much less effective role as part of the evidential material, in the manner laid down in *Talie*.

The tenor of the argument above is that a device which operates to prevent an admission attaining the status of proof would have to operate before the admission attained that status. The procedure prescribed in *Talie* can there-

fore well be envisaged being appropriately applied at the stage *preceding* the recording of a confession in facie curiae under section 115(2)(b). Admissions made during the clarification of plea can only be recorded under section 115(2)(b) with the accused's consent. This means that the accused always has the prerogative to refuse such consent. Thus if the discrepancy between his plea of not guilty and his confession were pointed out to the accused *before* he is asked whether he consents to the confession being recorded in terms of section 115(2)(b), this will have the salutary effect of assisting the accused in the exercise of his prerogative to consent or not. If the accused thereafter refuses to consent to the recording of the confession, the "unrecorded" confession will simply form part of the evidential material (*Malebo*, *Mogoregi* supra). There is no technical difficulty such as the one that arises where the accused declines to persist in a *recorded* confession. If the accused consents to the recording of the confession, the state can close its case forthwith. The accused may, of course, once he has been enlightened as to the discrepancy between the plea and the confession, decide to alter his plea to one of guilty, and section 112 can then be applied.

Finally, assuming the procedure laid down in *Talie* were to be decreed to be applicable at the stage preceding the recording of a confession under section 115(2)(b), should failure to comply with this procedure be a ground for setting aside a finding of guilty? It is submitted that it should not, since there are other safeguards which protect an accused from possible disadvantages flowing from the inquisitorial nature of section 115. Firstly, for example, an accused is not obliged to say anything under section 115 (*S v Muzikayifani* 1979 2 SA 516 (D&C) 520B is to the effect that it is desirable that an accused person should be apprised of his right to remain silent if he chooses to do so; contra *S v Thomas* 1978 2 SA 408 (BH) 410B). Secondly, the very formality of the procedure for recording admissions under section 115(2)(b) must surely per se operate as a warning to an accused that he should not facilely consent to such recording. As Hiemstra CJ states in *Malebo* (supra 641H):

> "Die Wetgewer het die bepaling aangaande artikel 220 ingebring in Artikel 115 tot grotere beskerming van die beskuldigde. Daar was teenstand teen die nuwe prosedure van Artikel 115. Die bewering was dat die beskuldigde onbillik blootgestel word. Om dié gevoelens tegemoet te kom, is die groter formaliteit van Artikel 220 ingebring, sodat die beskuldigde goed moet verstaan wat hy doen. Die erkennings sal dan ook akkurater geformuleer word."

CA BENNETT
Randburg

PUBLIKASIEFONDS HUGO DE GROOT

Uit hierdie fonds word finansiële hulp vir die publikasie van regsproefskrifte en ander verdienstelike manuskripte verleen.

Aansoeke om sodanige hulp moet gerig word aan:

Prof D J Joubert
Sameroeper Publikasiefondskomitee
Vereniging Hugo de Groot
Posbus 1263
PRETORIA
0001

Boeke

ACTA JURIDICA 1976 1977 1978: ESSAYS IN HONOUR OF BEN BEINART

Gepubliseer onder beskerming van die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Kaapstad

Juta en Kie Bpk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg 1978 1979; bd I xxv en 321 bl, bd II vii en 391 bl, bd III vii en 390 bl; prys nie vermeld nie

Dit was 'n prysenswaardige onderneming van die regsfakulteit van die Universiteit van Kaapstad om hierdie drie dele te publiseer as 'n eerbewys aan hulle eertydse kollega en die voormalige dekaan van hul fakulteit. Die drie dele bestaan uit drie jaargange van *Acta Juridica*, naamlik van 1976 tot 1978. Vir diegene wat Ben Beinart geken het as kollega, vriend of as skrywer, was hy een van die mees hoogstaande juriste wat Suid-Afrika opgelewer het. Sy werk as professor en as skrywer maak hom by uitstek geregtig op 'n eerbewys van hierdie aard. As juris sal hy altyd erkenning kry vir die deeglike en noukeurige werk wat hy gelewer het en vir sy navorsing van die hoogste gehalte; bowendien was hy die eerlike wetenskaplike wat grondig nagevors het, sy bevinding op 'n gebalanseerde manier weergegee het en nie uit sy pad gegaan het om daaruit te put wat hy miskien graag sou wou put, maar dan miskien met verdraaiing van die redelike konklusies nie. Dit is ook in ooreenstemming met sy hele persoonlikheid: hy was 'n rustige man met 'n onverskrokke eerlikheid en 'n gebalanseerde oordeel wat nie sonder meer veronagsaam kon word nie.

Die drie dele bevat ses en sestig artikels wat 'n groot verskeidenheid onderwerpe dek. (Aangesien die onderskeie dele deel van 'n tydskrifreeks vorm, word in die laaste deel ook 'n aantal boekbesprekings aangetref.) Uit die aard van die saak is dit nie moontlik om die meriete van elke artikel te bespreek nie. Die gehalte van die werk in sy geheel is egter hoogstaande. Nie alleen word daar 'n groot verskeidenheid onderwerpe behandel nie, maar hulle word behandel deur geleerdes van wie sommige internasionale bekendheid verwerf het. Die skrywers kom uit verskeie lande en beoefen uiteenlopende juridiese vakrigtings. Daar is dus stof wat vir feitlik elke leser van belang sal wees en merendeels sal die leser dan ook bydraes van 'n hoë gehalte aantref. Daar is natuurlik ook kritiek te lewer en 'n mens merk 'n aantal klaarblyklike drukfoute en foute van 'n redaksionele aard (selfs in die inhoudsopgawes en voorberigte) op. Die artikels is vanaf die eerste band alfabeties gerangskik volgens die name van die skrywers. Dit is vir die huidige doel miskien beter om na die artikels te verwys ooreenkomstig 'n klassifikasie na gelang van onderwerpe, alhoewel toegegee moet word dat sommige daarvan onder meer as een hoof kan val. Die titel van elke artikel bied gewoonlik 'n genoegsame aanduiding van waaroor dit handel, maar somtyds is die stuk van so 'n aard dat ek 'n kort verklarende aantekening tussen hakies ná die titel sal plaas.

'n Belangrike groep van die artikels het te doen met die reg vanuit 'n filosofiese en/of sosiale oogpunt beskou of vanuit 'n oogpunt van die algemene regsleer. Dit is nie vreemd nie, veral wanneer Beinart se eie belangstelling op hierdie gebied in ag geneem word. So is daar die bydraes van Blackman "Professor Dworkin's Attack on Positivism," van Dean "The Role of the Law in the Elimination of Racial Discrimination" (wat meer bepaald op Suid-Afrikaanse omstandighede betrekking het), van Draper "The Juridical Aspects of Torture," van Drapkin "The Art of Sentencing (Some Criminological Considerations)," van Forsyth "Conventions ex Africa: The Status of the Rhodesian 'Internal Settlement'," van Harris "The Concept of Sovereign Will," van Jowell "Administrative Law and Jurisprudence," van Kerr "Choosing a System of Law by the Exercise of Discretion" (wat spesifiek op die toepassing van inheemse reg van Swartes in SA betrekking het), van Leslie "The Repugnancy Rule in African Law and the Public Policy Rule in Conflict of Laws" (ook word in 'n groot mate inheemse reg van Swartes in SA behandel), van Midgley "Patterns of Crime in a South African City," van Schiller, Stammler en Kelsen "Theories of Legal Science," en van Walters "The Legal Recognition and Protection of Language Pluralism (A Comparative Study with Special Reference to Belgium, Quebec and Wales)" (wat hoofsaaklik betrekking het op die beskerming van taalgroepe wat 'n minderheid vorm binne 'n groter staatsregtelike eenheid).

'n Tweede groep bydraes handel oor moderne reg in verskeie regsgemeenskappe, alhoewel geskiedkundige ontwikkeling en die ontwikkeling van 'n dogma dikwels deel van die tema is. Daar is 'n aantal artikels wat meer bepaald oor die Engelse reg handel, naamlik dié deur Brady "Equity without the Equity Lawyers," deur Garner "The Development of Administrative Law in England" (dit is 'n artikel wat maklik onder regsgeskiedenis tuisgebring kan word), van Keeton "The Attorney-General and the Enforcement of the Criminal Law," deur Manchester "Law Reform in England and Wales 1840–80," deur Neville Brown "The Matrimonial Home in English Law," deur Schmitthoff "Company Law and Securities Regulation in the United Kingdom," deur Yamey "The Tobacco War and the Odgen Bonus Litigation, 1901–1906," en deur Yardley "Devolution in the United Kingdom" (wat miskien ook onder die hoof sosiale vraagstukke tuisgebring kan word en wat verwysings na toestande in Suid-Afrika bevat). Daar is verder die artikels oor die Skotse reg deur Smith "Transfer of Property in Corporeal Moveables by Inter Vivos Acts United Kingdom – Scotland. Section II.As – Droit Civil (Le transfert de la propriété par actes entre vifs.)," deur Thomson "The Effect of Error in the Scots Law of Contract," en deur Walker "Legal Scholarship in the Modern Period." Daar word oor die Amerikaanse reg geskryf deur Stone "The Nasciturus and Personal Injuries" en oor die hedendaagse Nederlandse reg deur Kleyn "Enkele Opmerkingen over de Positie van de Economisch Eigenaar in het Nederlandse Recht." Verder is daar nog twee artikels oor die Europese gemeenskapsreg, naamlik dié deur Hartley "The European Community Law of Tort," en deur Wooldridge "The Harmonization of Company Law: The First and Second Directives of the Council of Ministers of the European Economic Community." Regsvergelyking is weer meer bepaald die onderwerp van die artikels deur Dias "Policy Differences in Remoteness of Damage" (hoofsaaklik Romeinse en Engelse reg), deur Pennington "The Pactum Reservati Dominii in Twentieth Century Europe" (hoofsaaklik Engelse, Duitse en Franse reg), deur Spiro "The Incidence of Jurisdiction in the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments" (Romeinse, Romeins-Hollandse, Engelse, Duitse en Suid-Afrikaanse reg word bespreek) en deur Van der Vyver "Actiones Populares and the Problem of Standing in Roman, Roman-Dutch, South African and American Law."

Hierby kan nog die artikel deur Van der Walt "Die Opkoms van die Risikoleer" gereken word wat die geskiedkundige ontwikkeling van 'n dogma weergee. Die laaste drie artikels hou verband met die Suid-Afrikaanse reg en daar is dan ook verder artikels wat meer in besonder op hierdie regstelsel konsentreer, naamlik dié van Bennum "Witnesses for the Prosecution in South Africa: Some Comments," van Christie "The Doctrine of Quasi-Mutual Assent," van De Vos "Mistake in Contract," en van Taitz " 'But 'twas a Famous Victory' (or Theron en andere v Ring van Wellington NG Sendingskerk in Suid-Afrika 1976 (2) SA 1 (AD) considered critically)."

Dit sal niemand verbaas dat 'n groot aantal artikels van regshistoriese aard is nie. Trouens, daar is reeds melding van gemaak dat die regsgeskiedenis in baie van die reeds genoemde artikels 'n belangrike rol speel. Die stukke van regshistoriese aard kan ook geklassifiseer word. Daar is 'n aantal wat op die Joodse reg betrekking het, naamlik dié deur H Beinart "Jewish Witnesses for the Prosecution of the Spanish Inquisition" (wat meer betrekking het op die optrede van die Jode self in die vyftiende eeu), deur Fensham "Liability in case of Negligence in the Old Testament Covenant Code and Ancient Legal Traditions," deur Jackson "Susanna and the Singular History of Singular Witnesses," en deur Rabello "The Responsibility of Minors in Jewish Criminal Law" (met 'n vergelyking met die Romeinse reg). Daar is verder die artikel deur Scott "Passive Transmissibility of Delictual Actions in Old Canon Law" wat oor die Kanonieke reg teen die agtergrond van die Romeinse reg handel. Ook is daar artikels oor regsontwikkeling op verskeie gebiede in verskeie regsgemeenskappe soos dié van Margadant "Uso y abuso del derecho Justinianeo en la 'Politica Indiana' de Solorzano" (betreffende die reg in Suid-Amerika gedurende die Spaanse koloniale tydperk met veelvuldige verwysings na die toepassing van Romeinse reg sodat, tot op 'n sekere hoogte, van regsvergelyking gepraat kan word). In hoofsaak handel die artikels van regsgeskiedkundige aard egter oor die ontwikkeling in lande in Europa, soos dié van Stein "Sir Thomas Smith: Renaissance Civilian," van Ullman "Roman Public Law and Medieval Monarchy: Norman Rulership in Sicily," en van Van Wyk "Theories on the Historical Origins of Community of Property between Spouses."

Onder hierdie laaste groep hoort eintlik ook daardie stukke tuis wat op die Romeins-Hollandse reg en verwante reg betrekking het. Dit is begryplik dat hulle 'n aansienlike aantal vorm. Onder hierdie groep artikels is daar dié van Carey Miller "The Advocate's Duty to Justice," van Faber "Infanticide, especially in eighteenth-century Amsterdam; with some references to Van der Keessel," van Feenstra "Hugo de Groot's eerste Beschouwingen over Dominium en over de Oorsprong van de Private Eigendom: Mare liberum en zijn Bronnen" (wat egter tot ver buite die gebied van die Romeins-Hollandse reg strek en ook by die natuurreg aansluit) en van Maes "Twee Arresten van de Grote Raad van Mechelen over de Tol van Iersekeroord."

In die lig van Beinart se eie belangstelling sal dit niemand verbaas nie dat die grootste aantal artikels van geskiedkundige aard op die een of ander aspek van die Romeinse reg betrekking het. Daar is die artikels van Ankum "Mancipatio by Slaves in Classical Roman Law," van Bauman "'Maiestatem Populi Romani Comiter Conservato,'" van Benedek "Zweck und Entstehungsumstande des Senatusconsultum Macedonianum," van Birks "Infamandi Causa Facta in Disguise?" (aangaande die geval deur Seneca *Controversia 10 1* behandel), van Gordon "Dating the Lex Aquilia," van Iglesias "Ius Romanum (Relectio)" (wat ook onder die artikels met 'n filosofiese strekking geklassifiseer sou kon word), van Kaser "Zum 'ius' -Begriff der Römer" (wat ook as van 'n filosofiese aard beskou kan word), van GD MacCormack "Definitions: Furtum and

Contrectatio," van DN MacCormack "Iudex Qui Litem Suam Fecit," van Pugsley "Si Quis Alteri Damnum Faxit," van Robinson "Casus in the Digest," van Schrage "Emptio (Nondum) Tollit Locatum," van Selb "Die Formel der Injurienklage," van Sturm "Vertragsstrafe und Vertragsanpassung beim Vergleich. Gedanken zu C.2.4.40 (381)," van Thomas "Actiones ex Locato/Conducto and Aquilian Liability," van Van den Bergh "Cheese or Lavender? Elegantiae Circa D.8.5.8.5," en van Van Warmelo "Cornelis van Bijnkershoek, Notae Selectae ad Pandectarum Libr. XII.Tit.I–XXV.Tit.2."

Uit bogaande sal dit blyk dat daar leesstof vir ongeveer elke regsgeleerde in die *Essays* voorkom. Oor die algemeen is die stukke kort. Sonder twyfel is die gehalte nie altyd dieselfde nie en sal die een meer belangstelling by die leser wek as die ander. In die algemeen is die werk van hoogstaande gehalte soos verwag kan word indien na die formaat van 'n aansienlike aantal van die geleerdes wat hierbo genoem is, gekyk word. Die geheel is 'n waardige eerbetoon aan 'n regsgeleerde wat dié eerbewys verdien.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

COPYRIGHT AND THE ACT OF 1978

by AJC COPELING

Butterworths, Durban 1978; p xvi & 146; price R15,75

This book has been written by the author of the standard work on South African copyright law, entitled *Copyright Law in South Africa,* which was published in 1969 and dealt with copyright law as regulated by the Copyright Act 63 of 1965. This act was repealed by the Copyright Act 98 of 1978 and the law of copyright, being entirely a creature of statute, is now regulated by this act. The new copyright act has brought about material changes to the law of copyright with the result that *Copyright Law in South Africa* has now effectively become obsolete, although not entirely so, since a large part of its content which deals with the basic principles and philosophical aspects of copyright law continues to be valid and useful.

The Copyright Act 1978 is in my opinion, and in the opinion of the author of the work under review, a rather half-baked and unsatisfactory piece of legislation. Indeed, one wonders why it was considered necessary to repeal the Copyright Act 1965 at all, as it performed it's task of regulating the law of copyright in South Africa adequately and it is felt that such amendments to the law as may have been felt to be necessary could have been brought about by relatively minor amendments to the 1965 act.

The Copyright Act 1965 was based very closely on its British counterpart, the Copyright Act 1956. This had the advantage that practitioners and the courts in this country could have the benefit of relying on the wealth of British case law interpreting the 1956 Copyright Act, as well as British textbook writers, notably Copinger and Skone-James, for guidance in interpreting the provisions of the South African Copyright Act 1965. This factor is of particular significance when seen in the light of the fact that cases involving copyright have been few and far between before our courts.

The Copyright Act 1978 has to a significant extent severed the links between the South African law of copyright and the British law of copyright and in many respects now finds its basis

in the Paris text of the Berne Convention, a convention of which South Africa is a member although this country has ratified an earlier text of that convention, namely the Brussels text. As the author points out in his work, the convention, like most international intruments, is frequently worded vaguely and ambiguously in a spirit of compromise and one doubts the wisdom in doing what the legislature has done in a number of instances, namely taking over many of the provisions of the convention virtually verbatim.

In a foreword to the work the author sets out what his research has shown to be the reasons which gave rise to the Copyright Act 1978 namely firstly, an attempt to simplify existing copyright legislation and, secondly, to enable the Republic to accede to the Paris text of the Berne Convention. He makes the point that as far as the second of the two aforementioned objectives is concerned, it was not necessary to amend the 1965 act substantially and particularly not as far as its whole basis was concerned, since, according to the findings of a British governmental commission appointed to look into the British law of copyright, i e the Whitford Commission, the British Copyright Act 1956 requires very little amendment in order to bring it into line with the Paris text of the Berne Convention; by virtue of the substantial identity between the South African Copyright Act 1965 and the British Copyright Act 1956 the same would apply to the South African act. The author is not persuaded that the objective of simplification of our law of copyright has been achieved by the Copyright Act 1978.

In the light of all the circumstances of the Copyright Act 1978 the author holds the view that the South African law of copyright is at the present time in a state of some flux. He anticipates that numerous amendments will be made to the Copyright Act 1978 in the next few years, a view with which I agree. Accordingly, he has taken the attitude that it is perhaps premature to produce a comprehensive and authoritative work on the current South African law of copyright at this time. Such a work if produced now would, in the light of the anticipated amendments to the act, become outdated very quickly. The author has, however, considered that he should produce a work which outlines the law of copyright as regulated by the Copyright Act 1978 without going into the subject in any great depth. It is with this objective in mind that the author has written the work under review. In my opinion the work should be evaluated and assessed in this context and in the light of its limited objectives.

Generally speaking, the work under review achieves its objective adequately. The author has done a good job of correlating the various sections of the 1978 act and of giving a brief exposition of the law of copyright in a logical and easily comprehensible manner and form. Students studying the law of copyright will find the work very useful and it will provide them with a good basic knowledge of the topic. Practitioners who are not very familiar with the law of copyright will similarly be able to derive from the work a good basic knowledge of guidance on basic questions and principles. Practitioners and all readers who are familiar with the law of copyright as regulated by the Copyright Act 1965 will find the work very enlightening on the areas of the law in which the 1978 act has brought about changes, as the work for the major part deals well with this area. However, practitioners and other persons who hope to find in depth discussions and analyses on questions of copyright law, particularly as far as the practice of the law is concerned, will be disappointed. Such people would, however, be expecting too much of the work because, as I have said, it does not purport to be an authoritative and comprehensive exposition of copyright law but rather a brief outline of it.

The work not only updates the law of copyright in so far as the Copyright

Act 1978 is concerned, but also takes account of both South African and British reported judgments concerning copyright questions. In this regard, however, it should be pointed out that the author appears to have overlooked the case of *Capital Estate and General Agencies (Pty) Limited v Holiday Inns Inc* 1977 2 SA 916 (A) in dealing with the question of passing-off through the copying of titles of works and names of characters.

Two of the most controversial changes brought about to the law of copyright by the Copyright Act 1978 are the vesting of copyright in the employee rather than the employer in the employer/employee relationship and the complete omission from the 1978 act of provisions in the 1965 act which precluded any overlap in the protection available to an artistic work under the Copyright Act and under the Designs Act.

With regard to the employer/employee relationship, the author mentions that there has been a change in the vesting of the first ownership of the copyright (under the 1965 act the ownership of the copyright vested in the employer while under the 1978 act the first ownership of the copyright vests in the employee) but does not deal at all with the implications of this change, which implications are extremely far-reaching (re which see 1979 *De Rebus* 192). Closely connected with the employer/employee relationship, is the case of commissioned works in regard to which the 1965 act provided that in certain specified instances a person commissioning the creation of a work would be the first owner of the copyright in that work, rather than the actual author or maker of the work who is generally under the law of copyright awarded the first ownership of the copyright in any work which he creates.

In regard to the question of the complete overlap which is now possible under the 1978 act of protection available to an artistic work under the Copyright Act and the Designs Act, the author gives a brief discussion of the issue in the foreword and in the introduction of the work. He does not, however, make any mention of the question in dealing with the subject of the infringement of the copyright in an artistic work. This in my view is a serious shortcoming as experience has already shown in the short time since the Copyright Act 1978 came into operation (1 January 1979) that this is an area in which there is likely to be considerable litigation.

Subject to certain savings provisions, the Copyright Act 1978 is retrospective in its effect. I would like to have had the guidance of the author on the question of the retrospectivity of the quasi patent right of the owner of the copyright in an artistic work.

In mitigation of the author's omission to deal at all with the question of design copyright it must be said that the parliamentary select committee to which the bill which gave rise to the Copyright Act 1978 was referred, made a special recommendation to the advisory committee for which the 1978 act makes provision to give immediate attention to the question, with the implication that an early amendment to the act in that regard would be in the offing.

Finally, in my view the index of the work could be improved by making it more detailed which would then make the work a more effective aid to the practitioner. This comment, however, really goes to the root of the matter, namely that the work is not really a satisfactory reference work for the person who is closely involved with the practice of copyright law. But then, as previously stated, it does not purport to be such a work. There is, however, in my view a definite need for a detailed, comprehensive and authoritative work on South African copyright law which conducts an in depth study of the subject. It is to be hoped that once the dust

has settled and the Copyright Act 1978 has crystallized into a final form the author, or someone else, will produce a work of the type which I have described and for which I believe there is a definite need.

OH DEAN
Pretoria

THE SOUTH AFRICAN LAW OF TESTATE SUCCESSION

deur I ISAACS en MARTIN HORWITZ

Butterworth, Durban 1979; xxii & 203 bl; prys R18,75

Die erfreg kan in groot mate as die stiefkind van die privaatreg gesien word. Dit is derhalwe met 'n gevoel van hoopvolle afwagting dat 'n mens enige nuwe boek op hierdie gebied opneem. Nadat 'n mens die boek onder bespreking gelees het, bly daar egter slegs 'n gevoel van teleurstelling oor. Die werk van Steyn *The Law of Wills in South Africa* 2e uitg (1948) is grotendeels verouderd maar tog meer bruikbaar as die onderhawige werk ten aansien van sowel die inhoud as die uitleg van testamente.

Alhoewel die skrywers dit baie duidelik stel dat die werk "deals with the law of wills" (voorwoord), handel hoofstuk 2 oor eksekuteurs en administrateurs. Dit is vanselfsprekend dat 'n testament normaalweg 'n klousule bevat oor die aanwysing van eksekuteurs, maar dat 'n bespreking daarvan in 'n werk van hierdie aard tuishoort, is baie twyfelagtig. Ek voel dat 'n rede hiervoor kan wees dat bylae 2 (wat uittreksels uit die Boedelwet bevat) dan met groter vrymoedigheid deur die skrywers ingevoeg kon word. Ook die invoeging van bylaes 3 en 4 het geen bestaansreg in hierdie werk nie. Hierdie gedeeltes beslaan 48 bladsye uit die teks- en bylaaggedeelte van 193 bladsye. Ongeveer een-kwart van die werk bestaan dus uit materiaal wat gewoonlik in werke oor boedelbereddering aangetref word. Dit laat dus 'n werk wat in 145 bladsye die testate erfreg probeer behandel – en myns insiens nie daarin slaag nie.

Op bladsy 73 word daar die eerste keer verwys na enige ander gesag as hofsake, en dan ook slegs na uitgawes van die *Annual Survey of SA Law*. Die tweede en laaste verwysing op bladsy 115 is ook na dieselfde bron. Deur die jare het daar heelwat werke en artikels oor die erfreg verskyn wat 'n uiters waardevolle bydrae gelewer het op hierdie gebied. Daar kon met vrug na heelwat hiervan verwys gewees het. Die feit dat dit nie gedoen is nie, verminder die werk se bruikbaarheid aansienlik. Aangesien die verwysings hoofsaaklik na hofsake is, kom die enkele twee verwysings na ander bronne vreemd voor. Indien die verwysings na die regspraak volledig was, sou daar moontlik in 'n bepaalde behoefte voorsien kon gewees het. Ongelukkig skiet die werk ook hier te kort. Kernvonnisse ten aansien van bepaalde aspekte word uitgelaat terwyl taamlik obskure vonnisse in redelike detail behandel word. Die volgende sake word byvoorbeeld glad nie genoem nie: *Spies v Smith* 1957 1 SA 539 (A) (testeerbevoegdheid); *Ex parte Steenkamp and Steenkamp* 1952 1 SA 744 (A) (onbevoegdheid van 'n bloedige hand om te erf); *Ex parte Boedel Steenkamp* 1962 3 SA 954 (O) (toepassing van die nasciturus-fiksie by die uitleg van testamente); *Moses v Abinader* 1951 4 SA 537 (A) (herlewing van herroepe testamente); *Barrow v The Master* 1960 3 SA 253 (OK) (adempsie); *Botha v The Master* 1976 3 SA 597 (OK) (rektifikasie van testamente). 'n Mens kom onwillekeurig tot die slotsom dat daar geen groot studie gemaak is van die leidende sake op die gebied van die erfreg nie. Die nuutste sake rakende bepaalde

aspekte word ook geïgnoreer. Ter illustrasie kan daar verwys word na die stelling op bladsy 3 dat die sertifikaat wat in terme van artikel 2(1)(a)(v) van wet 7 van 1953 aangebring word, nie letterlik die bewoording van die wet hoef te volg nie. As gesag word daar na twee Natalse sake van 1971 verwys. Geen melding word gemaak van *In re Jennett* 1976 1 SA 580 (A) nie. Dit is eienaardig dat heelwat appèlhofsake geen vermelding kry nie. Die rede daarvoor is duister.

Ook ten aansien van die sistematiek is daar heelwat kritiek in te bring. By die gedeelte oor die formaliteite by die verlyding van testamente moes die posisie vóór en ná 1 Januarie 1954 (die inwerkingtreding van wet 7 van 1953) baie duidelik geskei gewees het. Op bladsy 128 word die posisie ten aansien van aanwas onder die uitleg van testamente bespreek terwyl dit ten ene male nie daar tuishoort nie. Onnodige aspekte word ook beklemtoon. So word daar vanaf bladsy 110 tot bladsy 121 stilgestaan by die betekenis van sekere woorde in testamente en hoe dit deur ons howe uitgelê is. So iets het weinig sin aangesien 'n uitleg van 'n bepaalde woord in 'n bepaalde saak nie beteken dat dieselfde woord in 'n ander saak dieselfde uitgelê sal word nie.

Sekere stellings word gemaak as sou dit die posisie op 'n bepaalde punt korrek weergee terwyl dit hoegenaamd nie die geval is nie. Daar word volstaan met enkele voorbeelde: Op bladsy 6 word verklaar dat 'n persoon wat 'n testament skryf wel daarin bevoordeel kan word indien die testateur "by a superscription in his own writing confirms the benefit to the person who wrote the will . . ." In *Smith v Clarkson* 1925 AD 501 is dit reeds gestel dat dit nie nodig is dat die bevestiging op die testament aangebring hoef te word nie, terwyl daar in *Ex parte Thole* 1968 1 SA 155 (N) 158 deur regter Leon beslis is dat ". . . there is no reason why oral testimony should not be regarded as satisfactory proof." Die stelling word op bladsy 21 gemaak dat 'n herroepe testament kan herleef deurdat die testateur dit in 'n latere testament uitdruklik weer as sy testament erken maar daar word nie na *Moses v Abinader* supra verwys waarin hierdie aangeleentheid glad nie gefinaliseer is nie. Stellings soos hierdie wek 'n verkeerde indruk en maak die werk uiters ongeskik vir die oningewyde. Vir die kenner is die werk so oppervlakkig dat dit ook vir hom weinig bied.

Een van die meer positiewe opmerkings wat dikwels in boekresensies gemaak word, is dat die werk keurig versorg is. Ongelukkig kan selfs dit nie van hierdie werk gesê word nie. Die werksaamhede van die drukkerduiwel bereik op bladsy 69 'n hoogtepunt waar daar in een paragraaf drie foute voorkom.

Soos gesê, is dit met 'n gevoel van teleurstelling dat 'n mens hierdie werk neersit. Die werk kan nie by die praktisyn of die student aanbeveel word nie.

NJ WIECHERS
Universiteit van Suid-Afrika

DIE OORSPRONG EN BETEKENIS VAN DIE ROMEINSE REG

deur PAUL VAN WARMELO

Tweede uitgawe; JL van Schaik, Pretoria 1978; 339 bl; prys onvermeld

Met genoeë word hiermee die verskyning van die tweede uitgawe van prof Van Warmelo se alombekende handboek oor die historiese en prosessuele agtergrond van die materiële Romeinse reg aangekondig.

Die boek sowel as die skrywer het geen bekendstelling meer nodig nie. Sedert die publikasie van die eerste uitgawe in 1959 het honderde studente en baie belangstellende kollegas na Van Warmelo se *Oorsprong* gekyk en daarna verwys. Die studie en onderrig vind reeds vir 'n tydperk van twintig jaar heelwat baat by hierdie boek waarin die skrywer die ontwikkeling van die Romeinse privaatreg en die prosesreg oor die algemeen breedvoerig en met verwysing na talle besonderhede bespreek. Die skrywer is 'n uitgelese kenner van die internasionale Romeinsregtelike literatuur waarvan hy ruimskoots gebruik maak en wat deeglik onder die leser se aandag gebring word. Die student word sodoende in staat gestel om verder en in diepte te studeer mits hy natuurlik die nodige kennis van 'n hele aantal vreemde moderne tale het.

Die uitvoerigheid van die boek maak dit 'n goeie naslaanwerk alhoewel die praktiese bruikbaarheid daarvan ietwat gekortwiek word deur die feit dat 'n register ontbreek.

Ongelukkig word die werk soms deur 'n gebrekkige tipografiese afwerking en deur set- of spelfoute ontsier (sien die voorbeelde in die bespreking van die onderhawige werk deur Cameron 1979 *SALJ* 292 ev).

Die skrywer word met sy prestasie gelukgewens.

R DANNENBRING
Universiteit van Suid-Afrika

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoeë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eersteling-bydrae van 1979 toegeken is aan:

JC STASSEN
(*Universiteit van Suid-Afrika*)

Die Butterworth-prys – regsboeke ter waarde van R60 – word deur die uitgewer beskikbaar gestel aan die outeur wat in die bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die Tydskrif *aan die redakteur stuur.*

Die artikel moet die eerste substansiële bydrae wees wat die skrywer vir publikasie in 'n regswetenskaplike tydskrif aanbied. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van die Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksiekomitee behartig die beoordeling aan die einde van die kalenderjaar. Die redaksiekomitee behou hom die vryheid voor om die prys nie toe te ken nie indien die artikels wat ontvang is, na sy mening toekenning nie regverdig nie. Verskeie bydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word.

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20–25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

Ben-Zion Beinart, 1914-1979†

Die afsterwe van Ben-Zion Beinart is 'n gevoelige slag vir die regsgeleerde gemeenskap van Suid-Afrika en elders. Hy was een van die mees uitstaande regsgeleerdes wat Suid-Afrika nog geproduseer het, soos sy bekendheid hier en in die buiteland getuig. Sy afsterwe word betreur deur sy kollegas en ander lede van die regsprofessie. In besonder, wat die *Tydskrif* betref, word sy herinnering hiermee gehuldig as lid van die redaksiekomitee oor 'n tydperk van baie jare.

Ben Beinart is te Malmesbury gebore en het tot aan die einde sy Bolandse agtergrond behou. Sy eerste skoolonderrig ontvang hy ook daar – die eerste trap van 'n roemryke skool- en universitêre loopbaan; laasgenoemde sowel aan die Universiteit van Kaapstad as die *University College and London School of Economics*. Nadat hy gedurende die tweede wêreldoorlog as luitenant in die leër gedien het, het hy hom onderskei as akademikus, eers aan die Universiteit Rhodes, daarna aan die Universiteit van Kaapstad, en gedurende die laaste vier jaar van sy lewe aan die Universiteit van Birmingham.

Hy sal onthou word as iemand wat 'n besondere slag met studente had, en hy het dan ook in sy laaste jare by die Universiteit van Kaapstad juis 'n aanstelling met betrekking tot studenteaangeleenthede gehad. As dosent het hy enersyds die kuns verstaan om die studente se verbeelding aan te gryp, maar andersyds was hy ook bekend as iemand wat nie sou duld dat daar met akademiese standaarde gespeel word nie. Die opleiding in sy departement was sonder twyfel van die beste aan die Suid-Afrikaanse universiteite. Wat die uitnemendheid van sy publikasies betref, hoef weinig vir die lesers van hierdie tydskrif gesê te word. Afgesien van die talle korter bydraes sal Ben Beinart bekend bly as die skrywer van 'n goeie vyftigtal artikels oor die Romeinse, Romeins-Hollandse en hedendaagse Suid-Afrikaanse reg. Alleen, of in samewerking met ander, publiseer hy ook 'n sestal boeke waarvan sommige verskeie bande beslaan. As verdere baken van sy werksaamheid op akademiese gebied kan die *Acta Juridica* genoem word. Hierdie jaarboek, met sy bekendheid in Suid-Afrika en in die buiteland, is vir sy ontstaan en sy voortbestaan baie verskuldig aan Ben Beinart; veral vir baie jare se onbaatsugtige diens as redakteur.

Dit is nie nodig om verder oor Ben Beinart se bekwaamhede as regsgeleerde uit te wei nie. Hy was 'n man wat die begrip navorsing ten volle verstaan het. As hy aan iets gewerk het, is sy werk altyd gekenmerk deur 'n grondige ondersoek van alle aspekte van die onderwerp. Daaruit het hy sy konklusies gevorm. Hy sou nie eers tot 'n konklusie kom en dan probeer om dit met sy gegewens te staaf nie. Die resultaat van sy werk is gevolglik sonder uitsondering van so 'n aard dat dit met die grootste vertroue bejeën

kan word. Elke navorser moet eenvoudig daarmee rekening hou dat Ben Beinart se bevindings allerweë die hoogste mate van aanvaarbaarheid geniet.

Sy akademiese hoedanighede is slegs 'n weerspieëling van sy karaktertrekke as mens. Ben Beinart was 'n man wat die goeie dinge van die lewe waardeer het. Van sy belangrikste kenmerke was sy kalmte en onversteurbaarheid, gepaard met opregtheid en integriteit. Sy godsdienstige oortuigings was diep en opreg. Hy was 'n humanis in die wydste sin van die woord, en daarom was hy ook liberaal in sy opvattinge en uiters tolerant in sy oordeel van andere. Hy was 'n man met hegte vriende, en het geen werklike vyande gehad nie. As mens en regsgeleerde was hy 'n man van formaat. Hy sal nog lank voortleef in die herinnering van diegene wat hom persoonlik of uit sy geskrifte geken het. Dit is met groot leedwese dat Ben Beinart se vriende by die *Tydskrif* en die Vereniging Hugo de Groot van hom afskeid neem.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

[M]any of the great judges have achieved their greatness because of their personal beliefs, and not in spite of them . . . [T]he course of the law can be moulded by the strength of personal convictions.

Fick Natural Justice *123.*

Die oordrag van toekomstige regte

GF Lubbe
BA LLM
Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van Stellenbosch

SUMMARY

Academic opinions differ on the question as to the legal effect, if any, to be accorded an attempt to cede the expectation (spes) of a future right. Some follow De Wet and Van Wyk in holding that such a cession attempts the impossible: A spes not being an asset in the estate of the cedent, nothing exists which can be disposed of by way of cession. Other authors merely accept, without comment or analysis, judicial statements to the effect that such cessions are recognised in our law.

The latter position cannot be supported. The judicial acceptance of the transferability of future rights is, in most instances, to be found in obiter dicta inspired by clearly inapposite comments of Sande and Voet. A consistent failure to distinguish on the one hand between future rights and existing rights subject to a term or condition and on the other between the undertaking to cede and the cession itself, also detracts from the opinion of the courts. Analysis of particular instances of cessions of this kind, reveals further problems. These considerations, together with the fact that a spes is not recognized in South African legal theory as a distinct conceptual entity and the absence of a clear pronouncement on the matter by the appellate division, suggest that the notion that a spes or expectation might as such form the subject-matter of cession must be rejected.

In a recent thesis, Scott attempts to reconcile the apparent practical need for cessions of this kind with legal theory, by proposing the recognition in our law of the so-called cession in anticipando. In terms of this jural phenomenon, which is well established in a number of overseas jurisdictions, the cedent does not purport to divest himself of a spes. The parties merely conclude, in anticipando, everything necessary for the transfer of such rights as might accrue to the cedent in future. Upon materialization, in the estate of the cedent, the right immediately, without further ado, passes to the cessionary by virtue of the prior agreement of transfer.

There is very little South African authority for this construction. Nevertheless, it would serve a useful function if accepted and, in general, very little can be said against it from a theoretical point of view. Its application in one particular context, namely the cession in securitatem debiti of future book debts, requires careful consideration, however. This is an area where the interests of third parties are very much at stake. It's clear, for example, that creditors of the cedent of future book debts have no means of acquiring knowledge of a fact which might be material to their interests and future conduct. In view of the courts' adherence to the principle of publicity in the context of cession and the fact that the doctrine of estoppel would not always operate to protect third parties, the recognition of cession in anticipando in this setting becomes problematical. This conclusion is supported by the fact that the recognition of cessions of this kind in overseas jurisdictions depends on compliance with certain publicity requirements.

1

Volgens Scott, *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg*, kan daar "geen twyfel bestaan oor die feit dat sessie van 'n toekomstige reg (spes) in die Suid-Afrikaanse reg plaasvind nie."[1] Suid-Afrikaanse juriste wat hierdie aange-

[1]doktorale proefskrif (1978) UNISA 175. Sien 97–98 van hierdie werk vir 'n uiteensetting

leentheid aanraak, deel oor die algemeen hierdie standpunt sonder om die vraag aan enige diepgaande analise te onderwerp en veral sonder om enige aandag te gee aan die probleme wat so 'n sessie mag skep waar dit in securitatem debiti geskied.[2] Nienaber neem geen evaluerende standpunt in nie, maar verklaar bloot: "On a number of occasions our courts have held that a spes . . . is capable of cession . . . By the same token future rights may be ceded."[3] De Wet en Van Wyk[4] veroordeel die opvatting dat 'n toekomstige vorderingsreg oordraagbaar sou wees. Hul standpunt word nageskryf deur Van den Horst,[5] en gedeel deur Kahn.[6] Volgens hierdie skrywers kan 'n spes verkoop word, maar kan die oorgang van 'n verwagte vermoënsbestanddeel van een regsubjek na 'n ander eers plaasvind ná materialisering daarvan. 'n Spes is nog geen vermoënsbestanddeel nie, en die verwagting as sodanig is nie vatbaar vir oordrag nie: voor die materialisering daarvan is daar inderdaad niks om oor te dra nie.[7]

Obiter dicta wat dui op die algemene oordraagbaarheid van toekomstige vorderingsregte, kom periodiek in die regspraak voor.[8] Dit is egter veral in die kredietwese, in die vorm van sessie in securitatem debiti van toekomstige boekskulde, en in die konteks van litigasie (byvoorbeeld die sessie van vonnisskulde en kostebevele voor uitspraak, gewoonlik aan 'n prokureur),[9] dat die vraag na die geldigheid van sessies van hierdie aard aandag geniet het.

Netherlands Bank of South Africa v Yull's Trustee and the United Building Society (1914 WLD 133) is 'n vroeë beslissing waarin sydelings, en sonder dat enige gesag aangehaal is, beslis is dat toekomstige boekskulde in securitatem debiti sedeer kan word. Uit die betoogpunte van die advokaat vir die sessionaris blyk dit dat Sande (*De Actionum Cessione* 5 4) en *Consolidated Finance Co (Ltd) v Rewid* (1912 TPD 1019) waarskynlik die hof se standpunt beïnvloed het. Hierdie gesagsbronne, tesame met 'n Engelse beslissing, *Tailby v Official Receiver* ((1888) 13 App Cas 523), het, via *Jenkins v Roberts* (1912 CPD 937) regter Fannin daartoe beweeg om in *Goode, Durrant and*

---

van wat 'n toekomstige reg is. Die skryfster beklemtoon dat toekomstige regte in beginsel onderskei moet word van regte onder tydsbepaling of voorwaarde.

[2]Sien bv Kerr *Principles of the Law of Contract* 2e uitg (1975) 242; Coaker en Schutz *Wille and Millin's Mercantile Law of South Africa* 17e uitg (1975) 73; Mars *The Law of Insolvency in South Africa* 6e uitg bewerk deur Hockley (1967) 549–50; Silberberg *The Law of Property* (1975) 366.

[3]onder die titel "Cession" in *The Law of South Africa* (Joubert red) bd 2 210 (par 350).

[4]*Kontraktereg en Handelsreg* 4e uitg (1978) 227–8.

[5]*Die Leerstuk van die Undisclosed Principal* (1971) 111–2.

[6]*Contract and Mercantile Law through the Cases* (1971) 243.

[7]Die meningsverskil aangaande die konstruksie van 'n sessie in securitatem debiti skyn nie relevant te wees vir die onderhawige problematiek nie. Selfs in die geval van 'n "verpanding" van 'n vorderingsreg skyn daar sprake te wees van sessie of oordrag, en wel in die sin dat die sessionaris 'n beperkte belang verkry in die skuldeiser-sedent se aanspraak op prestasie deur die skuldenaar.

[8]Sien *National Bank of SA v Cohen's Trustee* 1911 AD 235 256; *Rishworth v Secretary for Inland Revenue* 1964 4 SA 493 (A) 499–500; *Farmers Co-op v The Master* 1959 3 SA 342 (R) 344; *Waikiwi Shipping v Thos Barlow and Sons (Natal)* 1978 1 SA 671 (A); *Thos Barlow and Sons (Natal) v Dorman Long (Africa)* 1976 3 SA 97 (D) 100F; *Western Bank v Registrar of Financial Institutions* 1975 4 SA 37 (T) 53.

[9]Scott 260; Nienaber 210–211.

Murray v Hewitt and Cornell (1961 4 SA 286 (N)) hom ten gunste van die oordraagbaarheid van toekomstige boekskulde uit te spreek.[10] Die toelaatbaarheid van 'n sessie van hierdie aard was egter nie in geskil nie, en regter Fannin se uitlating sou dus as 'n obiter dictum beskou kon word. Nietemin blyk dit dat in latere beslissings, byvoorbeeld *Steverlynck Bros and Modern Weaving (Pty) Ltd v Gunn* (1968 2 PH A 88); *Blackman v Wellspread* (1976 2 PH A 60) en *Randbank v Morris* (1977 3 SA 21 (SO)), sonder meer, op gesag van *Goode* se saak, aanvaar is dat toekomstige boekskulde in securitatem debiti oorgedra kan word. In *Prudential Shippers SA (Pty) Ltd v Tempest Clothing (Pty) Ltd* (1976 4 SA 75 (W)) word geen gesag hoegenaamd vir 'n soortgelyke standpunt gegee nie. Die besondere probleme wat hierdie vorm van sekerheidstelling bied en die vraag of hierdie praktyk 'n wenslike is, word nêrens in regterlike beslissings oorweeg nie. Gevalle waar 'n vonnisskuld of kostebevel voor uitspraak oorgedra is (in die reël aan 'n regsverteenwoordiger van die sedent) bied, in teenstelling met die oppervlakkige behandeling in die boekskuldgevalle, sterker steun vir die standpunt dat toekomstige regte volgens ons reg oorgedra kan word. *Schreuder v Steenkamp* (1962 4 SA 74 (O)) is die toonaangewende beslissing. Regter De Villiers beslis pertinent dat 'n spes sedeerbaar is en verwerp boonop onomwonde die teenoorgestelde standpunt van De Wet en Yeats.[11] *Jenkins v Roberts* (supra) en die gemeenregtelike gesag daar aangehaal, en *Consolidated Finance Co Ltd v Rewid* (supra) dien as gesag. Daar word ook verwys na *Lovell v Paxinos and Plotkin: In Re Union Shopfitters v Hansen* (1937 WLD 84) en *Hall v Howe* (1929 TPD 591). Sessies van toekomstige vorderings geskied in hierdie konteks soms ten einde 'n opponent die moontlikheid van skuldvergelyking te ontsê,[12] of andersins eenvoudig ter versekering van die vergoedingsaansprake van regsverteenwoordigers.[13]

Die gemeenregtelike gesag waarop ons howe in die bogenoemde kontekste gesteun het, en die behandeling daarvan in vroeë Suid-Afrikaanse beslissings sal in die volgende afdeling ontleed word.

2

Sande (*De Actionum Cessione* 5 4) leer dat nie slegs 'n actio nie, maar ook futurae actionis spes effektiewelik (utiliter) oorgedra kan word. Laasgenoemde is die geval, word ons meegedeel, waar sessie gegee word ten opsigte van 'n voorwaardelike stipulatio of kontrak. Dat De Wet en Van Wyk[14] gelyk het in hul siening dat dit hier gaan om voorwaardelike maar nietemin bestaande regte, en dat Sande se opvattings nie uit te brei is na 'n sessie van toekomstige regte nie, blyk uit dieselfde passasie wanneer sessie van debita sub condicione gekontrasteer word met dié van onvoorwaardelike regte sonder enige vermelding van 'n ware "spes." Hierdie interpretasie van Sande 5 4 word min of meer eenparig deur akademiese kommentatore gedeel: selfs diegene wat ten gunste is van die oordraagbaarheid van toe-

---

[10]290.
[11]2e uitg (1953) 169.
[12]Sien bv die *Lovell*-saak; *Clark v Van Rensburg* 1964 4 SA 153 (O); *Van Aswegen v Pienaar* 1967 3 SA 677 (O).
[13]Scott 193 en 1976 *THRHR* 88; Wunsh 1976 *THRHR* 312.
[14]227 vn 19.

komstige regte gee toe dat die aangehaalde passasie geen steun bied vir so 'n standpunt nie.[15] Sande (op cit 8 33) skep met die eerste oogopslag 'n ander indruk. Nadat in paragraaf 31 van hierdie hoofstuk gekonstateer is dat nie slegs die principalis actio ten gevolge van 'n sessie vir die sessionaris beskikbaar staan nie, maar ook *aksessore aksies*, waaronder verstaan word aksies teen borge en aksies uit pand en verband, word daar in paragraaf 33 as algemene reël gestel dat alleenlik sodanige aksessore aksies as wat ten tyde van die sessie ten gunste van die sedent bestaan, met die sessie oorgaan op die sessionaris. Aksessore regte wat ná sessie ten gevolge van die gesedeerde vordering verkry word, moet opnuut sedeer word om tot voordeel van die sessionaris te kan strek. As uitsondering hierop word egter genoem die geval waar die bewoording van die sessie nie slegs betrekking het op die hoofskuld en bestaande aksessore regte nie, maar ook slaan op alle aksies wat die sedent hoop om in die toekoms met betrekking tot die hoofskuld te verwerf. By die evaluering van hierdie passasie moet daarop gelet word dat Sande se siening van die sessie-figuur hemelsbreed en in beginsel verskil van die gangbare in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg. Saam met juriste soos Huber, Vinnius en Noodt, sien Sande sessie wesenlik nog as 'n mandatum in rem suam, of last-gevinge in eijgene saken, soos Huber (*Hedendaagse Rechtsgeleerdheyt* 2 13) dit stel. In stede daarvan dat sessie 'n vorderingsoordrag behels, bly die sedent ná sessie steeds skuldeiser, en berus die sessionaris se posisie op 'n magtiging om vir eie rekening te ageer.[16] Vanuit so 'n oogpunt is daar niks eienaardigs omtrent Sande se standpunt ten opsigte van toekomstige aksessore regte wat die sedent, wat steeds skuldeiser bly, mag verwerf nie. Magtiging om aksessore regte uit te oefen soos en wanneer dit ontstaan bied nie dieselfde begripsmatige probleme as dié wat opduik wanneer sessie as 'n vorderingsoordrag gesien word nie. Dit volg dan dat wat Sande in 8 33 sê, in sy konseptuele konteks gesien moet word en nie sonder meer aangewend kan word as gesag vir die oordraagbaarheid van toekomstige regte in die hedendaagse reg nie. In ieder geval moet onthou word dat wat gesê word met betrekking tot aksessore regte, dit wil sê regte wat verband hou met 'n bestaande regsband, natuurlik ook nie veralgemenend te behandel is nie. Die opvattings van Sande, 'n primêre inspirasiebron vir die houding van ons howe dat toekomstige regte oordraagbaar sou wees, bied gevolglik geen oortuigende gesag vir so 'n standpunt nie.

Voet (*Commentarius ad Pandectas* 18 4 9) bied 'n ander passasie wat in die regspraak aangewend word as gesag vir die standpunt dat 'n spes oordraagbaar sou wees.[17] Die slotparagraaf van hierdie titel handel onder meer oor die verkoop van aksies, en daar word gesê dat 'n "spes" ("even the vague chance of an action") verkoop kan word. Die verkoop van 'n spes word duidelik gekontrasteer met die verkoop van voorwaardelike vorderingsregte (18 4 9 pr), sodat daar nie gesê kan word dat, soos by Sande, die

---

[15]Wiarda *Cessie of Overdracht van Schuldvorderingen op Naam naar Nederlandsch Burgerlijk Recht* (1937) Zwolle 44 51; Scott 175; Grosskopf *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingsregte* (1960) Leiden 124–5.

[16]Grosskopf 103–4 en 105–111.

[17]Sien veral *Jenkins v Roberts* 1912 CPD 937 942.

begrip "spes" bloot 'n bestaande, onafdwingbare reg aandui nie. De Wet en Van Wyk[18] meen dat wat in 18 4 9 in fine gesê word, bloot herbevestig dat 'n verwagting verkoop kan word en dat die passasie niks suggereer ten opsigte van die oordraagbaarheid van 'n "spes" nie. Scott[19] huldig 'n teenoorgestelde mening. Deur haar word aangevoer dat die woorde: "adeo, ut spes tantum distracta intellegatur" ("so that only the prospect of it is understood to have been parted with" in Gane se vertaling), daarop dui dat Voet nie net besig is met die verwagting as voorwerp van 'n koopkontrak nie, maar ook te kenne gee dat daar 'n oordrag van 'n spes as sodanig kan wees. In die konteks van Voet se bespreking in hoofstuk 18 lyk hierdie interpretasie nie oortuigend nie. Die hoofstuk is 'n kommentaar op *D* 18 4 (de hereditate vel actione vendita), en die uitgangspunt is dat onliggaamlike sake, byvoorbeeld 'n actio of 'n erfaanspraak teen 'n bestorwe boedel, verkoop kan word. Titels 1 tot 10 sit in groter besonderhede uiteen onder watter omstandighede so 'n verkoping moontlik is. Van titel 11 af verskuif die fokus van die verbintenisskeppende afspraak na die uitvoering daarvan deur sessie, en die vereistes vir sessie en die effek daarvan word bespreek. Van die oordrag van 'n spes word hier niks vermeld nie, waarskynlik omdat oordrag eers ter sprake kom na die materialisering van die spes en dan geen besondere probleme bied nie. Om, soos Scott doen, 'n vae opmerking in 18 4 9 in fine te lees as sou dit betrekking hê op die oordragsaspek, druis in teen die goedbeplande skema van hoofstuk 18 en die duidelik uitgewerkte onderskeid tussen die oordragshandeling en die onderliggende causa daarvoor.

Uit hierdie bespreking behoort dit duidelik te wees dat die skrywer hiervan van mening is dat die gewraakte uitlatings van Sande en Voet hoegenaamd nie steun bied vir die gedagte dat volgens ons gemenereg 'n spes as sodanig oordraagbaar sou gewees het nie. Die skynbare afwesigheid van ander gesagsbronne ten gunste van die oordraagbaarheid van 'n spes bevestig die vermoede dat so 'n instelling nie in die Romeins-Hollandse gemenereg bestaan het nie. Die voorwerp van sessie kry in die algemeen nie veel aandag van ons ou skrywers nie. Soos Wiarda dit stel: "Zonder onderscheid word door elkaar geschreven over de cessie van *actio, jus, nomen, cautio, obligatio, schuld, boekschuld, obligatie*,"[20] uitdrukkings wat darem tog die indruk laat dat daar deurgaans sprake was van 'n bestaande regsverhouding. Voorwaardelike regte, asook regte onder termyn was oordraagbaar,[21] maar so 'n sessie is nie gelyk te stel aan die oordrag van toekomstige regte nie. Van Bynkershoek (*Observationes Tumultuariae* 2448) sluit aan by die uitgangspunt dat sessie alleenlik moontlik was ten opsigte van 'n onliggaamlike vermoënsbestanddeel waaroor die sedent reeds ten tyde van die sessie beskik het. Volgens die verslag het Sejus en Cajus op 19 Januarie 1725 ooreengekom dat laasgenoemde 'n vordering waaroor hy beskik het aan Titius sou sedeer. Dit is egter nooit gedoen nie. Ene Cornelius het toe van

---

[18]228 vn 18.
[19]175.
[20]44.
[21]Vgl benewens bogenoemde passasies uit Sande en Voet ook *Holl Cons* 2 259; Wiarda 51; Grosskopf 124.

Cajus geëis dat die vordering aan hom oorgedra moet word. Dit het geblyk dat Titius reeds op 18 April 1724 gepoog het om die vordering van Cajus aan Cornelius te sedeer. Cornelius se eis misluk, blykbaar omdat aanvaar is dat Titius nie 'n vordering wat hy ten tyde van die sessie nog nie gehad het, kon sedeer nie. Die verslag is karig – dit is byvoorbeeld nie duidelik dat die oneffektiewe sessie bewustelik een was waardeur gepoog is om 'n toekomstige reg oor te dra nie – maar myns insiens kan daar tog met De Wet en Van Wyk[22] saamgestem word dat hierdie beslissing die gedagte negeer dat die blote verwagting om 'n reg te verkry, oordraagbaar is.

In aansluiting by hierdie gevolgtrekking kan vermeld word dat ek na sodanige ondersoek as wat moontlik was, geen aanduiding kon vind dat sessie in securitatem debiti van toekomstige regte enige beduidende rol in die destydse kredietwese gespeel het nie. Die koop en oordrag van bestaande boekskulde was nie onbekend nie,[23] maar ek kon geen blyke vind van sekerheidstelling deur middel van 'n oordrag van bestaande of toekomstige boekskulde nie. Die verklaring hiervoor lê miskien daarin dat sessie in securitatem debiti 'n swak ontwikkelde instelling was,[24] en dat die algemene verband, waardeur bestaande sowel as toekomstige vorderingsregte sogenaamd verpand kon word, voldoen het aan die behoeftes van 'n kredietverkeer wat waarskynlik in verskeie opsigte verskil het van die hedendaagse.[25]

Teen hierdie agtergrond kan nou aandag gegee word aan die behandeling van die uitlatings van Sande (*De Actionum Cessione* 5 4) en Voet (18 4 9) in die Suid-Afrikaanse regspraak. In *McNeil v Insolvent Estate Robertson* ((1882) 3 NLR 190) was die vraag of die kontrak ter sprake nie van so 'n hoogspersoonlike aard was dat die regte daaruit daarom nie oordraagbaar was nie.[26] Nietemin vind hoofregter Connor dit nodig om, met 'n beroep op Sande (tap), Voet (tap), De Groot (3 14 12) en Mühlenbruch (*Pandecten* 1 5 497), te sê dat 'n "hope of a future right of action" net soseer as 'n "debt due on a condition or at a future date" oordraagbaar is. Hierdie uitlating is, in die lig van die bespreking hierbo, onaanvaarbaar.[27] Dat dit in ieder geval nie nodig was vir die beslissing in hierdie saak nie, blyk daaruit dat daar nêrens in die uitspraak 'n karakterisering te vinde is

---

[22]228 vn 18.

[23]Voet 18 4 9 vermeld bv die verkoop van " 't geheelde Schult-boek" van 'n insolvente handelaar; vgl *Holl Cons* 4 195.

[24]De Wet en Van Wyk 369; Pahl *Die Aanwending van Vorderingsregte ter Versekering van Skulde* (1972) 129.

[25]Sien met betrekking tot die algemene verband, en die feit dat dit nie 'n saaklike reg verleen nie: De Wet en Van Wyk 368 en die gesag aangehaal in vn 177; Kohler "Niederländischer Handelsrecht in der Blütezeit des Freistaates" 1907 (59) *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht* 243 328 par 16 en die bronne waarna daar verwys word.

[26]192 en 194.

[27]In die betrokke passasie het De Groot dit nie oor sessie nie. Daar word alleenlik maar gekonstateer dat "inschulden" verkoop kan word. Die "twijffelachtig recht" waarvan gewag gemaak word, is in elk geval nie 'n toekomstige reg nie – die aanwending deur De Groot van die verkoop van 'n actio litigiosa as voorbeeld stel dit duidelik. Mühlenbrunch is natuurlik geen gesaghebbende oor die Romeins-Hollandse reg nie. Sy siening, wat vanuit 'n dogmatiese oogpunt van belang is, word hieronder bespreek.

van die voorwerp van die betrokke sessie nie. Inderdaad was die regte ter sprake bestaande vorderingsregte onderhewig aan 'n termyn. Oor die sedeerbaarheid van hierdie tipe vordering bestaan daar geen twyfel nie.[28] Die obiter dictum van hoofregter Connor het egter inslag gevind in *Consolidated Finance Co v Reuvid* (1912 TPD 1019), 'n beslissing wat, soos hierbo aangetoon, sterk invloed uitgeoefen het op regters in sowel die boekskuld- as litigasiegevalle. Die uitlatings van regter Mason ten gunste van die sedeerbaarheid van toekomstige regte[29] was egter weer eens obiter dicta. Daar word beslis dat bedrae wat in die toekoms betaalbaar sou word ingevolge 'n bestaande dienskontrak, sedeer kon word. Hiermee kan geen fout gevind word nie. So 'n sessie van bestaande, hoewel nog onopeisbare regte, kontrasteer regter Mason met 'n "general cession of all future salary from any future employer" en ten spyte van sy onversigtige uitlatings ten opsigte van toekomstige regte, weerhou hy homself uitdruklik daarvan om enige opinie uit te spreek oor die effektiwiteit van so 'n globale sessie van werklik toekomstige regte.[30]

Terwyl die kwessie van die oordrag van toekomstige regte in die bogenoemde beslissings slegs sydelings ter sprake was, is in *Jenkins v Roberts* (1912 CPD 937) pertinent beslis dat 'n "spes or expectation," in die sin van 'n reg wat in die toekoms eers sou ontstaan, oorgedra kan word. Voet (18 4 9) en Sande (5 4) word soos gebruiklik as gesag aangehaal.[31] Ten opsigte van laasgenoemde wend regter McGregor hom tot Anders se vertaling, wat soos volg lui:

> "[N]ot only an action, but even the expectation of a future action may be advantageously transferred. The expectation of a future action is comprised in *conditional stipulations or agreements*. For *here the subject matter has not yet accrued to us, but we have only the hope* (*expectation*) thereof, and that very hope (expectation) may be ceded just as an expectation or a thing that will come into existence may form the subject of a promise, sale or pledge" (ek kursiveer).

Afgesien daarvan dat, soos hierbo aangetoon, die feit dat 'n spes verkoop kan word, nie beteken dat dit oorgedra kan word nie – die verbintenisskeppende causa vir sessie moet nie vereenselwig word met die oordrag self nie – toon die gekursiveerde gedeeltes in die aangehaalde passasie dat die vertaler 'n verkeerde siening van die aard van 'n voorwaardelike transaksie het. Die reghebbende ingevolge so 'n transaksie sit nie maar net met 'n "hope" of "expectation" nie. Die hedendaagse aanvaarde siening van die opskortend voorwaardelike kontrak is dat die een of ander regsverhouding onmiddellik daardeur tot stand kom. Oor die presiese aard van hierdie verhouding bestaan daar soms verskil van mening,[32] maar dat daar reeds voor vervulling van die voorwaarde die een of ander bestaande reg is wat oorgedra kan word, staan vas. Die sprong wat regter McGregor in *Jenkins* se saak, met behulp van 'n onpresiese vertaling van Sande 5 4 maak van die oordrag van voorwaardelike regte (waaroor Sande dit inderdaad had) na toekomstige regte, is bygevolg nie oortuigend nie. Die verwysing in *Jenkins* se saak na *National Bank of South Africa v Cohen's Trustee* (1911 AD

---

[28]De Wet en Van Wyk 227; Nienaber 210–211.
[29]1023.
[30]1024.
[31]942.
[32]De Wet en Van Wyk 125 vn 98; Cronjé en Lotz 1977 *THRHR* 276.

235), waar regter Laurence (256) hom obiter oor Sande 5 4 uitlaat, voer die saak ook nie juis verder nie: Daar is niks in hierdie uitlatings wat daarop dui dat regter Laurence Sande gelees het as sou dit op enigiets anders as bestaande regte onder tydsbepaling of voorwaarde betrekking hê nie. Hierdie tendens om, met 'n beroep op gemeenregtelike gesag wat nie van pas is nie, toekomstige regte te verwar met bestaande maar nog onopeisbare regte, is nie tot die regspraak beperk nie. Scott byvoorbeeld haal beslissings soos *Estate Van den Heever v Greyling* ((1907) 24 SC 414), *Oudtshoorn Town Council v Smith* (1911 CPD 558) en *Nel v Nel* (1912 EDC 435) aan ter ondersteuning van die standpunt dat toekomstige regte oordraagbaar is.[33] In al hierdie beslissings gaan dit egter om die oordrag van bestaande maar nog onopeisbare regte en word daar nie eers by wyse van obiter dictum na toekomstige regte verwys nie.

Die stelling in *Western Bank Ltd v Registrar of Financial Institutions* (1975 4 SA 37 (T) 53) "there is nothing unusual about a cession of future claims and it is indeed a usual feature of many discounting transactions and is perfectly valid," vertoon, indien op die aangehaalde gesag gelet word, ook die tendens om toekomstige regte met bestaande maar onafdwingbare regte te verwar. Die ander bron van verwarring, naamlik die versuim om te onderskei tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die sessie self,[34] blyk ook uit hierdie beslissing. Die verskaffers wat meewerk tot 'n kredietkaartskema onderneem weliswaar om toekomstige vorderings teen klante aan die finansiële instelling te sedeer, maar die tipiese kontraktuele reëling stel dit duidelik dat daar bloot sprake is van 'n verpligting tot sessie. Die oordrag self vind plaas by ontvangs deur die bank van die dokumentasie betreffende elke besondere transaksie.[35]

Die gevolgtrekking is dan dat die primêre gesagsbronne op grond waarvan in sowel die boekskuld- as die litigasiegevalle aanvaar is dat toekomstige regte oordraagbaar is, hoegenaamd nie afdoende gesag vir so 'n standpunt bied nie. Dit is verder opvallend dat die litigasiegevalle nie eintlik in die boekskuldbeslissings ter regverdiging aangehaal word nie. In ieder geval skyn dit asof 'n poging om die oordrag van toekomstige boekskulde so te probeer regverdig rekening sal moet hou met ernstige bedenkinge wat in te bring is teen die praktyk om kostebevele en/of vonnisskulde voor uitspraak aan regsverteenwoordigers te sedeer, hetsy in securitatem debiti of om 'n opponent 'n beroep op skuldvergelyking te ontneem. In *Pitluk v Law Society of Rhodesia* (1975 2 SA 21 (RA)) het die Rhodesiese hof naamlik, by monde van hoofregter Beadle, 'n beslissing van regter Beck in die general division bekragtig dat die neem van 'n sessie deur 'n prokureur van enige kostebevel wat ten gunste van sy kliënt gemaak mag word, onder sekere omstandighede op onprofessionele gedrag sou neerkom.[36] Die hof slaan ag daarop dat sodanige sessies algemeen voorkom in Suid-Afrika,[37]

---

[33]Scott 175 vn 164.
[34]De Wet en Van Wyk 228 vn 18 en die beslissing daar aangehaal.
[35]Sien die uiteensetting in die *Western Bank*-saak 39C–D 48H 49A en 50F–G.
[36]Sien 30–1 van die verslag vir die standpunt van hr Beadle, en 21–7 waar die uitspraak van r Beck volledig weergegee word.
[37]25; vgl Wunsh 1976 *THRHR* 312.

maar albei regters spreek hulle sterk daarteen uit.[38] Alhoewel dit vir die hof nie nodig was om in te gaan op die regsgeldigheid van die poging om 'n spes oor te dra nie, blyk dit tog uit die uiteensetting van die law society se besware dat 'n sterk saak daarvoor uit te maak is. Scott (1976 *THRHR* 88) wys byvoorbeeld daarop dat, in aansluiting by die oorwegings genoem in *Pitluk* se saak, daar gemeenregtelike gesag is wat sessies waardeur prokureurs regte van hul kliënte verkry, verbied,[39] en dat vroeë Suid-Afrikaanse beslissings dan ook aanvaar het dat sodanige sessies ongeoorloofd en nietig is.[40] Hierbenewens moet daarop gelet word dat met betrekking tot sessies van 'n vonnisskuld of kostebevel voor uitspraak – aan 'n regsverteenwoordiger of wie ook al – wat geskied het ten einde 'n opponent 'n beroep op skuldvergelyking te ontneem, Suid-Afrikaanse regters in die verlede al meermale ernstige bedenkinge oor die toelaatbaarheid van sodanige optrede ge-uiter het. In *National Bank v Marks and Aaronsen* (1923 TPD 69) verklaar regter Stratford: "I would welcome authority to condemn cessions of this kind,"[41] 'n opmerking wat met goedkeuring aangehaal is deur appèlregter Curlewis in *Hainé v Podlashuc and Nicolsen* (1933 AD 104).[42] In *Lovell v Paxinos and Plotkin: In re Union Shopfitters v Hansen* (1937 WLD 86) is hierdie standpunt onderskryf deur regter Greenberg. Soos die voorgenoemde regters voel hy dat daar geen beginsel is waarop so 'n sessie aangeveg kan word nie, en dat die wetgewer behoort op te tree ten einde sake reg te stel. Regter Beck wys in sy uitspraak in *Pitluk* se saak daarop[43] dat die wetgewer, met die uitsondering van die beperkte maatreël vervat in artikel 49 van wet 32 van 1944, nie op hierdie regterlike versoek gereageer het nie. In *LTA Engineering Co Ltd v Seacat Investments* (1974 1 SA 747 (A)) het appèlregter Jansen egter, met beroep op *D* 3 3 34, bevind dat 'n sessionaris by 'n sessie gemaak met die oogmerk om die skuldenaar 'n beroep op skuldvergelyking of selfs 'n eis in rekonvensie te ontneem, geen beskerming geniet nie. Inderdaad kan verder gegaan word en aangevoer word dat sodanige sessies contra bonos mores is as synde mala fide, en dus hoegenaamd nie geldig is nie.[44] Die

---

[38]Vgl hr Beadle 30–1 en r Beck 26F. Die besware teen sessies van toekomstige regte van hierdie aard aan regsverteenwoordigers is soos volg deur die Rhodesian Law Society uiteengesit en deur die hof onderskryf. Sodanige transaksies sou daartoe lei dat:
"(a) The attorney would acquire in the outcome of the suit a personal financial interest which he would not otherwise have had, with the following consequences:
(i) his objectivity in the case is likely to be impaired;
(ii) unprofessional actions to ensure success in the case may be promoted;
(iii) the duration of the case might be undesirably prolonged;
(iv) out-of-court settlements might be discouraged.
(b) The other party to a suit might be deprived of a right of set-off.
(c) Such an arrangement falls little short of champerty.
(d) The attorney is placed in a position where he may, most undesirably become a party to the litigation" (24A–B.)

[39]Sy verwys na: Voet 2 14 18; De Groot 3 1 41 en Sande 4 13 en 4 20. Hierby kan gevoeg word die uitlatings van Huber *Hedendaagse Rechtsgeleertheyt* 3 13 9 en Damhouder *Pracktycke in Civile Saken* 49 11.

[40]91 met verwysing na *East London Municipality v Halberd* 1884 SC 140; *Incorporated Law Society v Reid* 1908 SC 12.

[41]75.

[42]111.

[43]24.

[44]Vgl 1974 *THRHR* 351 en Scott 193–5 276.

slotsom is dan dat daar ernstige bedenkinge in te bring is teen 'n beslissing soos *Schreuder v Steenkamp* wat, soos vermeld, dikwels aangehaal word in verband met die vermeende oordraagbaarheid van 'n spes in die Suid-Afrikaanse beslissings.

Die sessie van 'n spes kom volgens ons regspraak ook na vore waar 'n vorderingsreg ná litis contestatio oorgedra word. Actiones litigiosae was volgens die Romeins-Hollandse reg oordraagbaar,[45] en dit is ook die posisie in die hedendaagse reg, ten spyte van die prosesregtelike probleme wat uit sulke oordragte mag vloei. Die houding van ons howe was tradisioneel dat so 'n sessie die locus standi van die sedent raak en dat die geding deur die sessionaris in eie naam voortgesit moes word. 'n Nuwe geding was egter nie nodig nie: die hof kon, met inagname van die belange van die skuldenaar-verweerder, toelaat dat die sessionaris tot die geding toetree deur die sedent op die rekord as eiser te vervang.[46] Daar is beslissings waarin te kenne gegee is dat so 'n prosesregtelike vervanging soms nie nodig sou wees nie, sodat die sedent dan die aksie sou kon deurvoer met die sessionaris wat eers by tenuitvoerlegging na vore tree, 'n standpunt wat moeilik te versoen is met die siening van sessie as die oordrag van 'n reg. Een benadering is om die sedent as prosesverteenwoordiger van die sessionaris as "undisclosed principal" te beskou,[47] 'n konstruksie wat afhanklik is daarvan dat die bedinge van die kontrak om te sedeer so 'n verhouding tussen sedent en sessionaris skep. In *Thos Barlow v Dorman Long* (*Africa*) (1976 3 SA 97 (D)) het regter Kriek ook 'n ander situasie voorsien waarin die sessie sodanig kan wees as om die sedent toe te laat om met die geding voort te gaan. Met beroep op 'n obiter dictum van appèlregter Holmes in *Government of SA v Ngubane* (1972 2 SA 601 (A)) is 'n onderskeid gemaak tussen 'n sessie van die "interest in a claim" en dié van die "interest in the result of litigation." 'n Sessie van laasgenoemde, die verwagting op die opbrengs van litigasie, sou volgens regter Kriek neerkom op die oordrag van 'n spes. Die oordrag daarvan ontdoen die sedent nie van sy "interest in the claim" nie, en hy sou dan steeds locus standi hê. Of 'n sessie tydens litigasie die een of die ander tipe is, hang af van die bedoeling van die partye.[48] Regter Kriek beskou *Hall v Howe* (1929 TPD 391), 'n beslissing waarin te kenne gegee is dat vervanging nie nodig is nie, as 'n voorbeeld van 'n sessie van die "interest in the result of the litigation." So word hierdie beslissing dan versoen met sy eie standpunt, naamlik dat vervanging in die reël nodig is, in elk geval indien dit gaan om die sessie van die "interest in the claim," soos volgens hom in *Dorman Long* se saak die geval was.

Hierdie poging om die sessie van 'n spes aan te wend ten einde prosesregtelike probleme veroorsaak deur sessie tydens litigasie te besweer, is nie

---

[45]Scott 263.

[46]Scott 224 ev; *Kader v Frank and Warshaw* 1926 AD 344; *Baskin and Barnett v Barnard* 1928 CPD 58; *Barnabas v Govender* 1928 NPD 260; *Walker v Matterson* 1936 NPD 495; *Curtis-Setschell and McKie v Koeppen* 1948 3 SA 1017 (W).

[47]*Clark v Van Rensburg* 1964 4 SA 153 (O); *Thos Barlow v Dorman Long* (*Africa*) 1976 3 SA 97 (D). Sien tans egter *Waikiwi Shipping v Thomas Barlow and Sons* 1978 1 SA 671 (A) 680E–F waar ar Jansen bedenkinge uitspreek oor hierdie konstruksie.

[48]*Dorman Long* se saak 103.

oortuigend nie. Appèlregter Holmes se genoemde obiter dictum in *Ngubane* se saak was 'n poging om die effek van litis contestatio op 'n verbintenis toe te lig. Hy skyn te aanvaar dat dit noverend werk. Waar 'n sessie voor litis contestatio noodwendig 'n sessie van 'n "claim" sou wees, meen hy dat: "after litis contestatio you are not ceding your interest in the claim but in the result of litigation."[49] Van 'n onderskeid tussen 'n volle, "out and out," sessie van 'n vordering wat die sedent sy locus standi sou ontneem, en die sessie van die verwagting met betrekking tot opbrengs van die geding, is daar in hierdie uitlating nie sprake nie.

Waikiwi Shipping v Thos Barlow (1978 1 SA 671 (A)) het nou egter duidelikheid gebring ten opsigte van die prosesregtelike implikasies van sessie van 'n vordering ná litis contestatio. Appèlregter Jansen se uitspraak kom daarop neer dat 'n litigieuse vordering nie bloot deur ooreenkoms tussen sedent en sessionaris oorgedra kan word nie, maar eers wanneer die hof sy goedkeuring daaraan heg deur, met inagname van die belange van die skuldenaar-verweerder, toe te stem tot die vervanging van die sedent deur die sessionaris.[50] In weerwil van die sessie van 'n litigieuse vordering, behou die sedent dan locus standi tot tyd en wyl die sessie voltooi word. Hierdie benadering tot die saak maak kunsgrepe ten einde die sedent sy locus standi te laat behou, onnodig. Appèlregter Jansen betwyfel dan ook die benadering in *Clark v Van Rensburg* (supra) waarvolgens die sedent soms sou kon voortgaan met die geding as verteenwoordiger van die "undisclosed" sessionaris.[51] Ook die aanwending van die sessie van 'n spes as 'n tegniek om die sedent as eiser te behou, word met hierdie siening van die saak oorbodig. By wyse van obiter dictum egter,[52] en alhoewel toegegee word dat daar 'n verskil van mening ten opsigte van die "nature and precise effect of such a 'cession'" bestaan,[53] onderskryf die appèlhof tog regter Kriek se onderskeid tussen 'n sessie van "interest in the claim" en dié van die "interest in the result of the litigation." In laasgenoemde geval sou mens dan te doen hê met die oordrag van 'n spes.[54] Afgesien daarvan dat hierdie erkenning van die sedeerbaarheid van 'n spes by wyse van 'n obiter dictum gemaak is, is die gedagtegang nie sonder probleme nie. Die spes waarom dit hier gaan, en wat dan nou oordraagbaar sou wees, hou naamlik deurgaans verband met die aanspraak wat die eiser na bewering uit die een of ander causa op die prestasie van die skuldenaar het. Dit gaan naamlik steeds om 'n vorderingsreg, die bestaan, afdwingbaarheid en realisering waarvan by wyse van litigasie bevestig word: indien die eis ongegrond blyk te wees, caedit quaestio. Die hof se siening hou myns insiens in dat 'n aanspraak op prestasie wat 'n skuldeiser het, afgesonder kan word van sy bevoegdheid om die aanspraak by wyse van gedingvoering te verwesenlik. So 'n werk-

---

[49] 608.
[50] 678D 678F–H.
[51] 680E–F.
[52] 677 in fine en 680D.
[53] 677B. "Cession" word deur ar Jansen self tussen aanhalingstekens geplaas.
[54] 677G–678A. Ar Jansen verfyn die onderskeiding deur 'n verskil te maak tussen die "original founding right" en "the right arising from *litis contestatio* to proceed with the action to its conclusion," wat gesamentlik gelyk te stel is aan die "interest of the claim" waarvan in *Dorman Long* se saak sprake was.

wyse herinner sterk aan die verbrokkeling van die eiendomsbegrip in die Engelse reg waarvolgens verskeie aspekte van eienaarsbelang aan verskillende persone uitbestee mag word. Die "interest in the result of litigation" is analoog aan die "beneficial ownership" van die Engelse reg, terwyl die vermoë om die geding te voer sterk herinner aan die beheersbelang, of "bare dominium" wat aan die Engelse trustee toegeskryf word. Begripsmatig is so 'n hantering van die begrip vorderingsreg seker nie uit te sluit nie, maar daar bestaan min dogmatiese regverdiging daarvoor in die kader van die Suid-Afrikaanse vermoënsreg. Daar moet onthou word dat appèlregter Holmes se dictum in *Ngubane* se saak waarskynlik nie bedink was met hierdie oogmerk nie, en dat die standpunt van *Waikiwi* se saak met betrekking tot die oordraagbaarheid van litigieuse vorderings, konseptuele toertjies van hierdie aard om die prosesregtelike probleme wat uit so 'n sessie mag voortvloei te besweer, in ieder geval oorbodig maak. Ten slotte is dit onversigtig om die "interest in the result of the litigation" as 'n spes te tipeer en vanuit hierdie basis te wil argumenteer dat toekomstige regte in die algemeen sedeerbaar is. Hoogstens kan gesê word dat daar sprake is van 'n verwagting dat 'n beweerde regsverhouding tussen die eiser en verweerder 'n reg opgelewer het, 'n situasie wat te onderskei is van dié waar daar sprake is van 'n verwagting dat een of ander regsverhouding tot stand sal kom tussen die sedent en 'n nog onbepaalde ander persoon.

Ten spyte van losse dicta wat in die regspraak voorkom, is die gevolgtrekking dan dat daar nie afdoende gesag bestaan vir die stelling dat die Suid-Afrikaanse reg erken dat die verwagting van 'n toekomstige reg effektiewelik oorgedra kan word voor die materialisering van die reg in die vermoë van die sedent nie. Die boustene van die Suid-Afrikaanse vermoënsreg is subjektiewe regte, wat saaklik of persoonlik van aard kan wees. In hierdie stelsel is geen plek in te ruim vir 'n sogenaamde spes of verwagting, iets wat nog geen vermoënsbestanddeel is, maar wat darem van een regsubjek aan 'n ander oorgedra sou kan word nie. In die kader van die kontraktereg is dit byvoorbeeld welbekend dat 'n kontraktuele aanbod – 'n handeling wat sekerlik die verwagting van toekomstige regte inhou – nie iets is wat vir oordrag vatbaar is nie. Afhangende van die bedoeling van die aanbieder kan ook ander persone as die geadresseerde moontlik die aanbod aanvaar. Van oordrag van die moontlike toekomstige regte is daar in hierdie konteks egter nie sprake nie.[55] Die feit dat in *Barnhoorn v Duwenhage* (1964 2 SA 486 (A)) beslis is dat die sogenaamde spes fideicommissi van die fideicommissarius deur sessie oorgedra kan word, weerspreek nie hierdie standpunt nie. Ontleding van die uitspraak toon aan dat die uitgangspunt van die appèlhof deurgaans was dat die fideicommissarius inderdaad reghebbende is, dat hy 'n bestaande, voorwaardelike vorderingsreg teenoor die fiduciarius het wat oorgedra kan word,[56] 'n konstruksie wat aansienlike akademiese steun geniet.[57]

---

[55]*Bala v Van der Westhuizen* 1941 TPD 5 8. Die onversigtige dicta van ar Schreiner in *Hersch v Nel* 1948 3 SA 686 (A) in hierdie verband is vatbaar vir kritiek.

[56]Sien 492B 493F en 494F–H.

[57]Van der Merwe 1965 *THRHR* 138; Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 306 ev; Scott 259. Menings dat die fideicommissarius bloot 'n spes en geen reg het nie, dateer uit die jare voor *Barnhoorn* se saak. Vgl Joubert 1952 *THRHR* 188; Swanepoel 1957

3

Hiermee is die onderhawige ondersoek nog nie afgehandel nie. Volgens Scott moet daar naamlik rekening gehou word daarmee dat sessie in wese 'n saaklike ooreenkoms is, en dat dit in beginsel moontlik behoort te wees om wilsooreenstemming met betrekking tot die oordrag van 'n verwagte reg in anticipando te voltrek. So 'n reëling trag nie om iets te laat oorgaan waaroor die sedent nog nie kan beskik nie, maar handel slegs *by voorbaat* die pligspleging vereis vir sessie af sodat, as en wanneer die reg ontstaan, dit outomaties, sonder enige verdere optrede, oorgaan van sedent na sessionaris.[58] Die tydstip van oordrag, is die tydstip waarop die reg ontstaan. Die reg materialiseer in die vermoë van die sedent, maar bly daar net vir die oomblik: Omdat die saaklike ooreenkoms reeds by voorbaat, in anticipando, voltrek is, gaan dit oombliklik oor op die sessionaris, altans solank die sedent op daardie oomblik steeds beskikkingsbevoegdheid het en nie reeds byvoorbeeld insolvent is nie.[59] So 'n benadering ontken eintlik die sogenaamde oordraagbaarheid van toekomstige regte en hou weliswaar 'n groter risiko in vir die sessionaris omdat die reg nie by hom materialiseer soos die geval sou wees indien die spes as sodanig as oordraagbaar beskou word nie. Nietemin bring die voorgestelde konstruksie mee dat die tydperk wat die reg in die vermoë van die sedent val, en die gevolglike risiko vir die sessionaris, so ver as moontlik ingekort word: Die oomblik waarop die reg gebore word, is ook die oomblik van die oorgang daarvan. In die geval van die sessie van toekomstige boekskulde sou so 'n konstruksie, naamlik van 'n globale sessie in anticipando, natuurlik ook koste en moeite bespaar deur dit onnodig te maak om individuele regte telkens by die ontstaan daarvan te sedeer.

Die vraag of 'n Suid-Afrikaanse hof bogenoemde konstruksie sou aanvaar ten einde regseffek te gee aan 'n sessie van toekomstige regte, is moeilik te beantwoord. In die gemeenregtelike bronne kon geen aanknopingspunt vir so 'n houding gevind word nie. Die sogenaamde sessie by voorbaat is blykbaar te herlei na die Duitse Pandektis, Mühlenbruch, wat in sy *Cession der Forderungsrechte*[60] aanvoer dat 'n spes, omdat dit verkoop kan word, vatbaar is vir oordrag in die sin soos uiteengesit deur Scott in die bovermelde werk. Mühlenbruch se opvatting het inderdaad in *McNeil v Insolvent Estate Robertson* ((1882) 3 NLR 190) invloed gehad op hoofregter Connor se mening dat 'n spes vatbaar is vir oordrag. Omdat hierdie uitlating egter obiter gemaak is, is daar in die uitspraak ongelukkig geen aandag gegee aan

---

THRHR 192. Beinart 1968 *Acta Juridica* 211 vn 316 voel skynbaar dat die fideicommissarius benewens 'n vorderingsreg, ook oor 'n saaklike belang beskik.

[58] 102 175–6 256. Die skrywer aanvaar dat 'n verandering van gesindheid by een van die partye by 'n saaklike ooreenkoms in anticipando aangegaan, nie die outomatiese oorgang van die reg sal verhinder nie. Hierdie standpunt is egter nie onomstrede nie, en kan myns insiens nie sonder meer aanvaar word nie. Vgl Cronje 1978 *THRHR* 227 245–6; Van der Merwe *Sakereg* 202.

[59] 174–176.

[60] 3e uitg (1836) 259–262. Uit Windscheid-Kipp *Lehrbuch des Pandektenrechts* 8e uitg (1900) 360 blyk dit dat hierdie standpunt, alhoewel daar volgens die skrywers geen dwingende gesag voor te vinde was nie (sien 360 vn 12), teen 1900 reeds in die Duitse reg ingeburger was.

die vraag of dit nou die spes self is wat by die voltrekking van die sessie oorgaan, en of die gepaste konstruksie dié is van 'n sessie by voorbaat nie. Tekenend van die oppervlakkige wyse waarop die regspraak hierdie aangeleentheid hanteer, is die feit dat latere beslissings die vraag na die konstruksie wat gegee moet word aan 'n poging om 'n toekomstige reg te sedeer hoegenaamd nie behandel nie, of andersins slegs sydelings, dikwels op dubbelsinnige wyse, aanraak. *Jenkins v Roberts* (1912 CPD 937) bied volgens Scott[61] steun vir die gedagte dat die verwagting by verlyding van die sessie oorgaan,[62] maar ander passasies skep 'n teenoorgestelde indruk. So word die sessie gekarakteriseer as: "an assignment of what was becoming due, if and when that something becomes payable." Die verwysing na *Tailby v Official Receiver* ((1883) 13 App Cas 523) versterk ook die indruk dat die regter iets soos die sessie by voorbaat in gedagte gehad het.[63] Minder dubbelsinnig, maar steeds nie deurslaggewend nie, is uitlatings in *Rishworth v Secretary for Inland Revenue* (1964 4 SA 493 (A)) en *Schreuder v Steenkamp* (1962 4 SA 74 (O)). In *Schreuder* se saak het die vraag na die oomblik van oorgang nie ter sprake gekom nie, maar die hof skyn te aanvaar dat dit die oomblik van sessie was. In eersgenoemde beslissing weerhou appèlregter Holmes hom daarvan om te sê dat 'n oordrag van toekomstige regte noodwendig net effektief kan wees op "the date when the rights mature . . . since it seems to me that in each case the terms of the deed of cession must first be looked at."[64] Hierdie opmerking voer die saak nie veel verder nie: Nòg in die gemenereg nòg in die regspraak is daar aanknopingspunte te vinde vir die tentatiewe voorstel dat die partye self die effek van die sessie van toekomstige regte kan bepaal. In ieder geval lyk dit, met respek, taamlik seker dat appèlregter Holmes se opmerkings oor sessie in bogenoemde geval ietwat misplaas was. Nadere ontleding toon aan dat die geval nie een van sessie was nie. Ter sprake was 'n onderneming van Rishworth om maandeliks 'n deel van huurgeld wat sy uit 'n sekere bron sou ontvang, aan 'n ander te betaal.[65] In *Randbank v Morris* (1977 2 SA 21 (SOK)) is sonder meer aanvaar dat 'n sessionaris van die "reg, titel en belang in en tot alle skulde wat aan die maatskappy verskuldig was of van tyd tot tyd verskuldig mag word" die vorderingsregte ten opsigte van hierdie skulde met verlyding van die sessie verkry. Die aangaan van 'n geldige akte van sessie het volgens die hof die maatskappy sy posisie as skuldeiser ontneem; van die datum van die sessie af sou die vorderingsreg dan nie meer in die sedent setel nie.[66] Of hierdie opmerking ook gemaak is met betrekking tot toekomstige regte, is nie seker nie. Vir sover dit so bedoel is, is daar geen gesag daarvoor aangehaal nie, en, soos uit die bespreking hierbo blyk, is so 'n houding, dat 'n spes as sodanig vatbaar is vir oordrag, nie te regverdig aan die hand van ons gemenereg en regspraak nie.

Van onomwonde aanknopingspunte vir die sessie by voorbaat soos uit-

---

[61]254.

[62]Sien die verslag 943.

[63]*Tailby* se saak word in die bespreking van die Engelse reg aangeroer.

[64]499–500.

[65]De Wet en Van Wyk 228 vn 18.

[66]26G–H.

eengesit deur Scott is daar in die regspraak nie eintlik sprake nie. Afgesien van die dubbelsinnige uitlatings in *Jenkins v Roberts* en die moontlikheid dat regter Mason in *Rewid* se saak Mühlenbruch se siening kon gedeel het, kan eintlik net verwys word na *Spicers (South Africa) Ltd v John Dickinson & Co (Africa) Ltd* (1966 1 SA 120 (T)), waar dit egter gegaan het oor 'n sogenaamde "assignment" van toekomstige handelsmerke wat op die ou end deur die hof interpreteer is as 'n onderneming ten gunste van die "assignee" om 'n aansoek om registrasie van 'n handelsmerk deur te voer met die verstandhouding dat die "assignee" by registrasie op die merk geregtig sou wees.

In *Trust Bank van Afrika v Van Jaarsveldt; Trust Bank van Afrika v Bitzer* (1978 4 SA 115 (O)), skep waarnemende regter Viljoen die indruk dat by 'n huurkoopkontrak met voorbehoud van eiendomsreg die saaklike ooreenkoms in anticipando, by die aangaan van die transaksie, voltrek word en dat bloot die werking daarvan uitgestel word tot die oomblik van volle betaling. So 'n benadering sou miskien die erkenning van 'n sessie by voorbaat van toekomstige regte makliker maak, maar onproblematies is dit nie.[67]

Per slot van sake skyn dit dan asof die aanvaarbaarheid van die sessie by voorbaat vir die Suid-Afrikaanse reg nie aan die hand van gesag of presedent uit te maak is nie, maar op dogmatiese en beleidsoorwegings beoordeel sal moet word. Hieraan sal in die volgende afdelings aandag gegee word.

4

Die afwesigheid van uitdruklike regterlike erkenning van die sessie by voorbaat beteken nie dat dit nie in die Suid-Afrikaanse regsistematiek ingepas kan word nie. 'n Voorwaardelike sessie is in ons reg nie onbekend nie, en kan aangewend word om dogmatiese beslag te verleen aan die sessie by voorbaat van toekomstige regte.[68] Die regspolitieke implikasies van die sessie by voorbaat bied 'n meer fundamentele struikelblok. 'n Regsvergelykende blik kan dien om die beleidsoorwegings wat in hierdie verband ter sprake kom aan die orde te stel.

In die Nederlandse regsliteratuur is daar steun te vind vir die sogenaamde sessie by voorbaat.[69] Die regspraak neem egter 'n ander standpunt in, een waarvolgens van sessie alleenlik sprake kan wees indien die betrokke vordering sy grondslag vind in 'n regsverhouding wat reeds ten tyde van die sessie bestaan. Dit kom daarop neer dat volslae ongebore vorderings uit transaksies wat nog aangegaan moet word, nie die voorwerp van 'n sessie, nie eens by voorbaat, kan wees nie. Hoogstens kan gesê word dat bestaande, hoewel nog onopeisbare vorderings oorgedra kan word.[70] Benewens die

---

[67]Sien 122 van die verslag. Van der Merwe *Sakereg* (1979) 202 skep egter die indruk dat dit juis die bedoeling van die partye by oordrag is wat deurslaggewend is. Vgl Cronjé 1978 *THRHR* 227 244.

[68]Sien bv Scott 186–190.

[69]Asser-Beekhuis *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zakenrecht* (1975) 177 ev; Pitlo *Het Zakenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek* (1965) 209 en *Systeem van het Nederlands Privaatrecht* (1972) 168; Verpaalen 1964 *Praeadvies, Broederschap Candidaat-Notarissen* 36–39.

[70]'n Uiteensetting van die regspraak is te vinde by Verpaalen 33–36; Köster "Cessie naar huidig en wordend Recht" 1953 *Praeadvies, Broederschap Candidaat-Notarissen* 111–115;

voorskrif van artikel 668, lid 1, *BW* wat voorskryf dat die oordrag van vorderingsregte bewerkstellig word deur, en by die aangaan van 'n akte van oordrag (wat bestaande regte veronderstel), is twee ander redes vir die regspraak se houding aan te wys. In die eerste plaas word gevoel dat 'n gepoogde oordrag van toekomstige regte nie voldoen aan die vereiste dat die voorwerp van die sessie bepaald moet wees nie.[71] 'n Tweede belangrike oorweging skyn te wees dat die toelaatbaarheid van sessie by voorbaat met betrekking tot toekomstige regte 'n onaanvaarbare negering van die publisiteitsbeginsel sou meebring.[72] Die *Ontwerp Burgerlijk Wetboek* artikel 3 3 2 10 stel weliswaar sessie by voorbaat met betrekking tot toekomstige vorderings in die vooruitsig, maar die betekenis wat aan hierdie bepaling te heg is (en die lotgevalle daarvan), is tans nog onseker.[73]

In die Duitse regspraktyk en -literatuur word die sessie by voorbaat van toekomstige regte, soos hierbo uiteengesit, erken, selfs in die vorm van 'n globale sessie ter versekering van skuld in die konteks van die kredietwese.[74] Bepaaldheid van die voorwerp van sessie word verlang, maar daar word aanvaar dat aan hierdie vereiste voldoen word by 'n "Globalzession" van alle bestaande en toekomstige vorderings van 'n bedryf. Rekening moet gehou word met die moontlikheid dat so 'n sessie ooreenkomstig paragraaf 138 *BGB* ongeldig kan wees as synde 'n ongeoorloofde inperking van "wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit," maar hierdie struikelblok kan deur versigtige bewoording vermy word.[75] Ook met betrekking tot die publisiteitsbeginsel verskil die Duitse reg wesenlik van die Nederlandse benadering. Omdat dit gaan om vorderingsregte, onliggaamlike vermoënsbestanddele dus, ontbreek omstandighede soos besit van 'n liggaamlike saak of inskrywing in die grondboek met betrekking tot grond wat by derdes 'n beskermingswaardige vertroue mag verwek dat 'n persoon beskikkingsbevoegdheid ten opsigte van 'n bate het. Van voornemende sessionarisse word bygevolg verwag om om te sien na hul eie belange en ondersoek in te stel na die voorwerp van 'n voorgenome sessie en die moontlikheid van vroeëre beskikkings met betrekking tot dieselfde reg of regte. Wie sessie neem van "eine einfache Forderung," so deel Larenz ons mee, "handelt auf seine Gefahr."[76] 'n Botsing van belange tussen finansiële instellings wat albei sessie in securitatem debiti van die bestaande en toekomstige vorderinge van 'n onderneming geneem het, word dan sonder meer volgens die prioriteitsbeginsel opgelos. Daar is blyke van 'n ander standpunt, en 'n deurbreking van die prioriteitsbeginsel, in geval van 'n belangebotsing tussen 'n finansiële instelling gewapen met 'n "Globalzession" van bestaande en toekomstige

---

Van Creveld *Cessie van Schuldvorderingen* (1953) 64–69 72 82–3; Pitlo *Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 172; Stein *Zekerheidsrechten* (1970) 166.

[71]Stein 166. Van Creveld 70 vereis in hierdie verband dat die persoon van die skuldenaar ten minste bekend moet wees.

[72]Köster 89–91 115 ev.

[73]Verpaalen 38–39.

[74]Fikentscher *Schuldrecht* (1976) 305 ev; Palandt *Burgerliches Gesetzbuch* (1975) 393; Larenz *Lehrbuch des Schuldrechts* bd 1 (1970) 405–406; Köster 122–4. Sien vn 60 hierbo in verband met die oorsprong van hierdie standpunt.

[75]Fikentscher 309 317–8; Larenz 398.

[76]Larenz 393.

vorderinge en ander skuldeisers van die sedent (byvoorbeeld 'n verskaffer van voorraad), maar hierdie ontwikkeling is omstrede en uitsonderlik.[77] Vir sover daar naamlik sprake is van "wirtschaftlich gleichstarken" aanspraakmakers, lyk dit nie asof die gebrek aan publisiteit aan 'n sessie by voorbaat in securitatem debiti van alle bestaande en toekomstige vorderingsregte as 'n faktor beskou word wat sodanige sessies as ongewens karakteriseer nie, sodat die Duitse uitgangspunt wesenlik verskil van dié in die Nederlande.[78]

In die Engelse reg is die sessie by voorbaat, ter versekering van skulde, van bestaande en toekomstige boekskulde nie onbekend nie.[79] Dit word beskou as een van die maniere waarop 'n sogenaamde "floating charge" gevestig kan word, en die konstruksie daarvan stem min of meer ooreen met die uiteensetting van Scott.[80] Bepaaldheid van voorwerp word vereis, maar die feit dat die voorwerp nie presies vasstaan ten tyde van die "assignment" nie, doen nie afbreuk aan die geldigheid van die transaksie nie. Genoegsaam is dit dat "the property subsequently acquired be such as is answering the description in the contract."[81] Sekerheidstelling op hierdie wyse is egter nie volkome vry van regulasie nie. Verskeie wetteregtelike maatreëls beperk die effektiwiteit van 'n sessie by voorbaat van toekomstige regte waar die sekerheidsgewer 'n individu is,[82] en artikel 43(1) van die "Bankruptcy Act" 1914 bepaal dat so 'n sessie, vir sover van toepassing op ware toekomstige regte, alleenlik geldig sal wees by insolvensie van die "assignor" indien die strenge registrasievereistes van die "Bills of Sale"-wetgewing nagekom is. Gough[83] wys daarop dat artikel 43(1) ingevoer is juis omdat *Tailby v Official Receiver* (supra) wat aan so 'n sessie werking by insolvensie verleen het sonder enige publisiteit, as onbevredigend aangevoel is.[84] 'n "Assignment" van bestaande en toekomstige boekskulde verly deur 'n maatskappy moet ingevolge artikel 95 van die "Companies Act" 1948 in openbare registers te Companies House geregistreer word om werking te hê teenoor die likwidateur of skuldeisers van die maatskappy.[85] Hierdie erkenning van die publisiteitsbeginsel ten gunste van skuldeisers van handelaars en sakeondernemings ontneem die sessie by voorbaat van sy aantreklikheid vir die sekerheidsgewer deurdat die ware posisie ten opsigte van die kredietwaardigheid van die onderneming en die vermoë om sekuriteit te verskaf nie meer verberg word nie. Sessie by voorbaat van toekomstige regte in die ware sin van die woord is dan ook blykbaar 'n seldsaamheid in die hedendaagse Engelse kredietwese.[86]

---

[77]Fikentscher 318 321.

[78]Köster 123.

[79]Holden *The Law and Practice of Banking* (1971) hfst 29; Chorley *The Law of Banking* (1974) hfst 12; *Tailby v Official Receiver* (1888) 13 App Cas 523.

[80]Tailby se saak; Gough *Company Charges* (1978) 19 53 ev 61 82 en die gesag daar aangehaal; Chorley 348.

[81]Gough 53.

[82]Gough 31–6 vir 'n volledige bespreking.

[83]36.

[84]Vgl Holden 333–4.

[85]Gough 289 ev; Chorley hfst 12; Holden hfst 29.

[86]Holden 334.

In die Amerikaanse reg het regters, in navolging van *Tailby v Official Receiver* (supra) erkenning gaan verleen aan sessie by voorbaat ter versekering van skulde.[87] Die "Uniform Commercial Code," 'n maatreël wat tans feitlik dwarsdeur die VSA regskrag geniet, het egter in hoofstuk 9 die publisiteitsbeginsel ingevoer, ook met betrekking tot die verlening van 'n "security interest" in toekomstige boekskulde, en die nodige meganismes hiervoor daargestel.[88] Dokumente wat volledige besonderhede verstrek ten opsigte van die sekerheidstelling moet vir openbare insae in openbare registers geliasseer word. Versuim om aan hierdie voorskrifte te voldoen het tot gevolg dat die belange van die "assignee" ondergeskik gestel word aan dié van ander skuldeisers of die aanspraak van 'n tweede "assignee."[89]

Van belang is ten slotte die posisie in Rhodesië. Na aanleiding van 'n verslag van 'n gekose komitee van die Rhodesiese parlement[90] is die sessie van boekskulde in securitatem debiti wetteregtelik gereguleer. Artikel 100 van die Insolvency Act 13 van 1973 skryf voor dat 'n sessie van boekskulde alleenlik stand sal hou teen 'n kurator in insolvensie indien dit behoorlik geregistreer is as 'n notariële verband of andersins verly en gesertifiseer is voor 'n kommissaris van ede. Die vermelde verslag is ongelukkig nie tans vir insae beskikbaar nie, maar die wetteregtelike reëling weerspieël 'n besorgdheid oor die billikheid daarvan om 'n sessionaris ingevolge 'n geheime sessie te bevoordeel bo die ander skuldeisers van 'n insolvent.

In die Suid-Afrikaanse regspraak en -literatuur het die oorwegings wat in oorsese stelsels soms aanleiding gegee het tot die drastiese regulering van die sessie van toekomstige regte feitlik nog geen aandag geniet nie. Scott verklaar in die aangehaalde werk dat "verkeersbehoeftes" die erkenning van die sessie by voorbaat noodsaak,[91] maar gaan nooit daartoe oor om hierdie "behoeftes" uit te spel en te evalueer nie. Ook die vereistes vir die geldigheid van 'n sessie by voorbaat van toekomstige regte word nie in diepte deur haar behandel nie. Die skryfster vereis wel dat die voorwerp van sessie bepaald moet wees,[92] maar gee geen indikasie van wat hierdie beperking behels nie. Enkele opmerkings in hierdie verband sou dus nie onvanpas wees nie.

In *Consolidated Finance Co v Reuwid* (1912 TPD 1019) het regter Mason obiter te kenne gegee dat 'n spes vatbaar is vir oordrag, maar tog 'n onderskeid getref tussen 'n "general cession of all future salary from any future employer" en die sessie van regte op vergoeding uit bestaande dienskontrakte. Laasgenoemde geval, wat natuurlik nie neerkom op sessie van toekomstige regte nie, was ter sprake, en die vraag of 'n algemene sessie van eersgenoemde tipe nie dalk nietig mag wees as "contrary to public policy"

---

[87]Farnsworth, Young en Jones *Cases and Materials on Contract* (1972) 935 ev; *Restatement of the Law 2nd Contracts* 162 comment d; Calamari en Perillo *Contracts* (1977) 659.

[88]Sien *UCC* 9–102(1)(b)9–208 9–402; Farnsworth, Young en Jones 936 ev; *Restatement of the Law 2nd Contracts* 162 comment e.

[89]Sien in die algemeen Farnsworth, Young en Jones 1017–8; Calamari en Perillo 660.

[90]Sc 27–967 67–69.

[91]102 176.

[92]ibid.

nie, is uitdruklik oopgelaat.[93] Hierdie opmerking voer die saak dus nie veel verder nie. Ons weet byvoorbeeld nie of regter Mason gedink het aan die moontlikheid dat die aard van 'n dienskontrak so 'n sessie mag uitsluit nie, en of die moontlike ongeoorloofdheid daarvan daaruit mag vloei dat die algemene sessie van toekomstige regte te beskou is as 'n onredelike inkorting op die sedent se handelsvryheid, of eenvoudig té onbepaald is om aan effek te gee nie. In *Farmers Co-op Ltd v The Master* (1959 3 SA 342 (SR)) het die hof, by wyse van obiter dictum aanvaar dat 'n spes vatbaar is vir oordrag.[94] Daar word egter pertinent beslis dat:

> "The law regarding cession of actions, ie of incorporeal rights, presupposes a triangle: a debtor, a creditor who becomes a cedent, and a third party, the cessionary, to whom the benefit of the incorporeal right is transferred by the cedent creditor."[95]

Hierdie stelling weerspieël die algemene uitgangspunt van ons reg dat ooreenkomste, verbintenisskeppend of saaklik, 'n bepaalde of bepaalbare inhoud moet hê ten einde regtens relevant te kan wees. Vanuit hierdie basis sou dan geargumenteer kon word dat sessie by voorbaat erken kan word in die litigasiegevalle, soos byvoorbeeld *Schreuder v Steenkamp* (1962 4 SA 74(O)) maar nie waar dit gaan om die sessie in securitatem debiti van toekomstige boekskulde nie. In die litigasiegevalle bestaan 'n definitiewe driehoeksituasie. Die partye is bekend en beperk, en die transaksie is boonop 'n eenmalige. In die boekskuldsituasie, daarenteen, is die skuldenaars ten tyde van die sessie geheel en al onbekend en onbepaald, sodat die driehoeksituasie waarvan in *Farmers Co-op Ltd v The Master* gewag gemaak is, nie bestaan nie. Hierdie benadering is natuurlik net 'n moontlike argument teen die geldigheid van 'n sessie van toekomstige boekskulde; daar kan nie met sekerheid gesê word dat 'n hof so 'n argument sal aanvaar nie. Teenargumente is ook moontlik: Ooreenkomste met bepaalbare inhoud is natuurlik bestaanbaar, en so 'n konstruksie bied moontlik een manier om die struikelblok van onbepaaldheid te omseil.[96] Myns insiens bied die kwessie van bepaaldheid as sodanig nie genoegsame grond vir die ontkenning van die moontlikheid om toekomstige boekskulde in anticipando te sedeer nie.

Die vraag of die vermoënsverskuiwing wat intree ten gevolge van 'n sessie wat sonder publisiteit voltrek word, as geldig beskou kan word teenoor derdes, veral waar die sessie in die konteks van die kredietwese plaasvind, is een wat min aandag in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur geniet het. De Wet en Van Wyk skenk nie enige aandag aan die probleem nie, en ook Scott kom nooit eintlik tot 'n bespreking van hierdie problematiek nie. Met betrekking tot die regspraak moet egter daarop gewys word dat die publisiteitsbeginsel nie geheel en al agterweë bly in die konteks van sessie nie. Die feit dat in gevalle van 'n dubbele sessie kennisgewing deur een van die aanspraakmakers op die reg volgens ons howe van belang is om die voorkeur te bepaal,[97] moedig sessionarisse aan om kennis te gee, 'n benadering wat die

---

[93]1024.
[94]344C.
[95]345A.
[96]Sien bv die standpunt van die Duitse en Engelse reg supra.
[97]Scott 230–43 bespreek die relevante gewysdes. Sien ook Stapleton "Conflicting Rights of Several Cessionaries" 1928 *SALJ* 464 471.

skuldenaar inlig omtrent verwikkelinge wat vir hom van belang is. Dit bekamp bedrog deur die noodwendige en spoedige ontdekking van die dubbele sessie wat op tydige dubbele kennisgewings volg. Hierdie "achteraf-publiciteit" ten gevolge van 'n "alarmslaan door de debiteur,"[98] dien ook die belange van die "sessionaris" aan wie nie voorkeur verleen word nie. Die vooruitsig van 'n sinvolle verhaal op die sedent hang naamlik nou saam met die vroegtydige ontdekking van die onbehoorlike optrede van die sedent. Die standpunt van die howe dat waar 'n reg in 'n dokument beliggaam is wat die enigste bewys van die vordering daarstel, die dokument oorhandig moet word as 'n sogenaamde formaliteit ter voltooiing van die sessie, is ook relevant.[99] Ook in die geval van die oorgang van 'n onliggaamlike vermoënsbestanddeel van een boedel na 'n ander behoort rekening gehou te word met die moontlikheid dat uiterlik waarneembare omstandighede 'n verkeerde indruk mag skep ten opsigte van die vrae wie reghebbende is en wanneer die reg oorgaan.[100] By die oordrag van regte ingevolge mondelinge kontrakte is daar in die reël nie veel probleme nie. Gesien die aard van die reg lyk dit aanvaarbaar om in die meeste gevalle, soos in die Duitse reg,[101] van die sessionaris self te verlang om vas te stel of 'n persoon wat hom as skuldeiser voordoen, dit inderdaad is. Anders is dit egter waar regte in 'n skriftelike dokument vervat is. Die behoud van die bewysdokument deur die sedent bring naamlik 'n wesenlike verhoging van die risiko mee dat buitestaanders mislei en benadeel mag word omdat hulle hom steeds as skuldeiser aansien.[102] Billikheidsoorwegings vereis dan dat in so 'n geval die skaal wegswaai van die sessionaris wat, deur aan te dring op oorhandiging van die dokument, kon verseker het dat benadeling nie intree as gevolg van 'n diskrepansie tussen uiterlik waarneembare omstandighede en die ware regstoestand nie.[103] Oor die gesag vir, en die effektiwiteit van hierdie sogenaamde formaliteit ter voltooiing van die sessie mag daar bedenkinge bestaan.[104] Die tendens om die reël te beperk tot belangebotsings tussen mededingende aanspraakmakers op 'n vorderingsreg,[105] bevestig egter die indruk

---

[98]Köster *Cessie naar Huidig en Wordend Recht* (1964) 90; Cronjé 1978 *THRHR* 227 239–40.

[99]Sien in die algemeen *Jeffrey v Pollak and Freemantle* 1938 AD 1 22; *Rabinowitz v De Beers Consolidated Mines Ltd* 1958 3 SA 619 (A) 636; *Guman v Latib* 1965 4 SA 715 (A) 722; *Trust Bank of Africa v Standard Bank of South Africa* 1968 3 SA 166 (A).

[100]Sien Van der Merwe *Sakereg* (1979) 12–13 vir 'n analise van aspekte van die publisiteitsbeginsel.

[101]Sien vn 72 hierbo, en die verbandhoudende teks.

[102]Sien *Koen v Goosen* 1971 3 SA 501 (K) oor die implikasies van die hou van 'n kontraksdokument.

[103]Die dokumentreël is ook van belang in verband met die verlening van publisiteit aan bedinge wat die oordraagbaarheid van vorderingsregte beperk. Die geleentheid om as gevolg van die noodsaaklikheid van oorhandiging van die dokument, kennis te neem van 'n pactum de non cedendo vervat in die dokument wat die reg beliggaam, is waarskynlik onderliggend tot die onderskeid gemaak in *Trust Bank of Africa v Standard Bank of South Africa* 1968 3 SA 166 (A) 189 tussen die geval waar "the right is created with a restriction against alienation, and the restriction is contained in the very agreement recording the right" en waar dit nie die geval is nie.

[104]Scott 153–172 behandel die ontstaan en ontwikkeling van die reël wat lewering van die dokument vereis in diepte.

[105]*Labuschagne v Denny* 1963 3 SA 538 (A) 544; *Lief v Dettman* 1964 2 SA 252 (A) 276; *Gouws v Montesse Township and Investment Corp; Montesse Township and Inv Corp v Standard*

dat die howe die beskerming van bona fide-derdes op die oog het deur die verlening van publisiteit aan die oordrag deur middel van 'n "zwak corporeel element,"[106] naamlik oorhandiging van die dokument.

Is die proposisie dat die dokumentreël 'n publisiteitsfunksie het, te versoen met uitlatings dat die oorhandiging van die dokument al dan nie 'n bewysregtelike relevansie het?[107] Myns insiens wel. Die dokument het in 'n praktiese sin oortuigingswaarde. Dit stel 'n voornemende sessionaris gerus met betrekking tot die bestaan van die reg, en die hou daarvan dra daartoe by om hom teenoor die skuldenaar as skuldeiser te identifiseer.[108] Om dit toe te gee, beteken egter nie dat ook gesê kan word dat die hou van die dokument deur die sedent nie 'n beskermingswaardige vertroue kan verwek nie. Die rede waarom 'n tweede sessionaris met die dokument denkbaar bo 'n vroeëre sonder die dokument verkies mag word, is nie omdat die sessie aan die eerste as nie bewese beskou word nie.[109] Veel eerder lê die verklaring vir so 'n uitkoms daarin dat die laat van die dokument by die sedent tot gevolg mag hê dat 'n derde persoon tot sy nadeel handel omdat die uiterlik waarneembare indruk van wie skuldeiser is nie ooreenstem met die werklike toedrag van sake nie. Die siening van die dokumentreël as 'n uiting van regterlike besorgdheid oor die publisiteitskwessie is ook nie in stryd met appèlregter Stratford se dictum in *Jeffery v Pollak and Freemantle* (1938 AD 1) dat lewering van die dokument nie gesien moet word as "the equivalent to delivery of possession of a chattel"[110] nie. Die dokumentreël maak naamlik nie waardepapiere van gewone skriftelike kontrakte nie.[111] Oorhandiging van die dokument is nie, soos die oorgang van besit in die konteks van eiendomsoordrag, van beslissende belang vir die vermoënsverskuiwing nie. Vorderingsregte gaan in beginsel ten gevolge van ooreenkoms oor. Die ligging van die dokument mag egter in sekere omstandighede 'n sessionaris se reg afstomp.[112]

Die besorgdheid van die howe aangaande die publisiteitskwessie behoort by beoordeling van die vraag of 'n sessie in anticipando in ons reg erken be-

---

Bank 1964 3 SA 221 (T); *Sandmann v Schaefer* 1969 4 SA 424 (SWA); *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 (W) 674; *Blackman v Wellspread* 1976 2 PH A 32.

[106]Köster *Cessie naar Huidig en Wordend Recht* 89–90.

[107]*Block v Universal Produce* 1934 NPD 324 328; *George Loader v Vosloo* 1939 OPD 151 156; *Labuschagne v Denny* 1963 3 SA 588 (A) 544A; *Trust Bank of Africa v Standard Bank of South Africa* 1968 3 SA 166 (A) 176A. Scott 168 wys tereg op die vaagheid van regterlike dicta mbt die sg bewysregtelike relevansie van die skriftelike kontrak.

[108]In gedingvoering is dit in die reël ook nodig dat die skriftelike kontrak self voorgelê moet word. *Koen v Goosen* 1971 3 SA 501 (K) 508. Hoffman *South African Law of Evidence* 276 ev.

[109]Die opmerkings in *Block v Universal Produce* 1934 NPD 324 328 is nie juis oortuigend nie.

[110]22.

[111]Vgl die opmerkings van ar Van Blerk in *Trust Bank of Africa Ltd v Standard Bank of SA* 1968 3 SA 166 (A) 172.

[112]Deur die werking van die dokumentreël te assimileer tot die leerstuk van estoppel word verseker dat derdes wat inderdaad beskermingsbehoeftig is, beskerm sal word sonder om die gedagte van sessie as saaklike of oordragsooreenkoms te versaak. Die benadering waarvolgens die dokumentreël 'n aanwending vind slegs waar derdes op die spel kom, is myns insiens die begin van 'n poging om die publisiteitsbehoefte te versoen met algemene beginsels.

hoort te word, veral in die konteks van die kredietwese, nie buite rekening gelaat te word nie. Dit staan inderdaad vas dat waar die reg wat in die toekoms ontstaan in 'n dokument beliggaam is (byvoorbeeld vorderings uit huurkoopkontrakte), 'n globale sessie in anticipando as sodanig nie genoegsaam sal wees om die sessionaris te beskerm teenoor 'n ander sessionaris of die skuldeisers van die sedent nie. Die verdere pligspleging van lewering van die betrokke dokument sal ook nagekom moet word. Alleen waar die dokumentreël nie ter sprake kom nie, kan die sessie by voorbaat as sodanig dan moontlik genoeg wees om die sessionaris te beskerm.[113] Ook in sulke gevalle mag die oorwegings wat aanleiding gegee het tot die dokumentreël egter nie uit die oog verloor word nie. Die feit dat die bestaan van kontraksdokumente die risiko verhoog dat derdes benadeel mag word, beteken nie dat die behoefte aan beskerming nie in ander situasies aangetref word nie. Die probleem is veral akuut in die kader van die kredietwese. Die vraag is of die handhawing van die indruk van kredietwaardigheid deur middel van 'n geheime sessie in anticipando van toekomstige boekskulde wat nie in dokumente beliggaam sal wees nie, iets is wat ten koste van onskuldige derdes kan geskied. Indien wel, sal die sessie by voorbaat, in die lig van die howe se besorgdheid oor die publisiteitsbeginsel, ook in hierdie beperkte konteks nie aanvaarbaar wees nie. Die antwoord op hierdie vraag hang grootliks daarvan af of die leerstuk van "estoppel by representation" in die onderhawige konteks aangewend sou kon word om onbillikheid wat uit die erkenning van die sessie by voorbaat mag spruit, te besweer.

In die geval van 'n belangekonflik tussen finansiële instellings wat albei sessie geneem het van die boekskulde van 'n besigheid, lyk dit nie asof estoppel deurgaans 'n toepassing sal vind nie. 'n Estoppel kan op 'n late of 'n versuim fundeer word,[114] en die omstandighede van 'n bepaalde geval mag denkbaar van so 'n aard wees dat, ooreenkomstig die redelikheidskriterium wat hier te pas kom, 'n sessionaris regtens verplig mag staan om 'n voornemende sessionaris te waarsku omtrent 'n bestaande sessie. 'n Bank staan weliswaar onder 'n "duty of secrecy" teenoor sy kliënt,[115] maar hierdie plig strek sekerlik nie sover dat die kliënt van die bank kan verwag om bedrog te gedoog nie. Selfs al sou 'n regsplig om die bestaan van 'n sessie bekend te maak, gekonstrueer kon word, sou dit egter nog nie die einde van die saak wees nie. Uit die hantering van die skuld- en "proximate cause"-vereiste in die regspraak blyk dit naamlik dat 'n regsubjek, ook al het hy versuim om 'n wanindruk by 'n ander uit die weg te ruim, nie sonder meer gebonde gehou sal word aan die skyn indien die nadeel vir die ander primêr te wyte is aan die bedrog van 'n ander persoon, in casu die sedent, nie.[116] In ieder

---

[113] *Goode, Durrant & Murray v Glen & Wright* 1961 4 SA 617 (K) 620; *Goode, Durrant & Murray v Hewitt & Cornell* 1961 4 SA 286 (N) 290; *Blackman v Wellspread Inv* 1976 2 PH A 32; Scott 159–172 176 256. Vgl egter *Steverlynck Bros & Modern Weaving v Gunn* 1968 2 PH A 88. Hierdie aspek sal ook in situasies soos in *Western Bank v Registrar of Financial Institutions* 1975 4 SA 37 (T) in gedagte gehou moet word.

[114] *Martin v De Kock* 1948 2 SA 719 (A) 735; *Resisto Dairy v Auto Protection Insurance* 1963 1 SA 632 (A); *Universal Stores Ltd v OK Bazaars (1929) Ltd* 1973 4 SA 747 (A) 716G–H.

[115] Smith 1979 *Moderne Besigheidsreg* 24 ev.

[116] *Union Government v National Bank of SA* 1921 AD 121 130; *Grosvenor Motors (Potchef-*

geval wil dit voorkom of die vereiste van veroorsaking feitlik nooit in hierdie konteks bevredig sal word nie. Veroorsaking veronderstel dat by die misleide volslae subjektiewe sekerheid verwek word dat 'n toedrag van sake bestaan, welke verkeerde siening dan aanleiding gee tot 'n transaksie. Dit is te betwyfel of 'n bank in die onderhawige tipe geval ooit in hierdie sin van die woord mislei word. Banke is immers vertroud met praktyke in verband met sekerheidstelling en daarom deeglik bewus van die moontlikheid dat 'n voornemende sedent miskien reeds vantevore oor dieselfde toekomstige bates mag beskik het. Die neem van 'n sessie van toekomstige boekskulde kom dus neer op 'n vrywillige aanvaarding van 'n risiko deur die sessionaris wat in die weg staan van 'n bevinding van 'n kousale verband tussen die stilswye van 'n vorige sessionaris en die aangaan van 'n tweede sessie. Die konklusie dat die verweer van estoppel waarskynlik nie vir 'n tweede sessionaris beskikbaar sal wees in hierdie konteks nie, hoef nie te ontstel nie. Die gevolgtrekking onderstreep net dat estoppel hier oorbodig is. Die bankwese is sekerlik 'n sfeer van die handelsverkeer waarin die individualistiese uitgangspunt van ons privaatreg, waarvolgens van regsubjekte verlang word om na hul eie belang om te sien, steeds onverminderd geld. Daar kan gevolglik aanvaar word dat voorskotte teen 'n sessie van toekomstige boekskulde slegs na behoorlike ondersoek en aan kliënte van onbesproke betroubaarheid gemaak word. Die afwesigheid van aandrang vanuit die bankwese vir die wetteregtelike hervorming van ons reg in hierdie verband is 'n aanduiding dat die risiko van 'n vorige sessie nie as 'n onredelike hoë beskou word nie. Hieruit volg dit dat, vir sover dit 'n moontlike belangekonflik tussen meerdere sessionarisse aangaan, die erkenning van die sessie by voorbaat nie sou indruis teen die publisiteitsbeginsel nie.

In die situasie waar 'n sessionaris ingevolge 'n sessie van toekomstige boekskulde te staan kom teenoor skuldeisers van 'n insolvente sedent is die posisie anders vir sover die skuldeisers in die reël nie, soos die bank-sessionaris, oor die bedingingsmag teenoor sedent beskik om hul posisie te beveilig nie. 'n Geheime sessie is vanuit hul oogpunt 'n katastrofe, iets waarteen geen redelike stappe moontlik is nie. Of hierdie beskermingsbehoeftiges deur die leerstuk van estoppel beskerm sal word, is egter ewe problematies as in die hierbovermelde situasie. Om 'n algemene plig op die bank-sessionaris te plaas om alle moontlike skuldeisers van die sedent in te lig omtrent die bestaan van die sessie lyk vergesog en, solank bedrog nie in die spel kom nie, strydig met die bank se kontraktuele verpligtinge teenoor sy kliënt.[117] 'n Sessionaris wat versuim om die bestaan van sy sessie bekend te maak sou verder, al sou 'n openbaarmakingsplig gekonstrueer kon word, nie hier geredelik van nalatigheid verwyt kan word nie. Waar die sessie geneem is van 'n onderneming wat na oordeel van die bank 'n gesonde besigheid dryf, en gevolglik in staat behoort te wees om die belange van sy korttermynskuldeisers te kan bevredig, kan 'n versuim om die sessie bekend te maak, nie sonder meer as onredelik bestempel word nie. 'n Verswakking in die finansiële posisie van die sedent mag meebring dat optrede om derdes te beskerm deur die redelike man oorweeg sou word, maar bekendmaking

---

stroom) *v Douglas* 1956 3 SA 420 (A) 426A.

[117]Smith 24 ev.

van die sessie lyk nie noodwendig na die aangewese optrede nie: slegs potensiële krediteure van die insolvent sal beskerm word deurdat hulle afgeskrik word. Bestaande krediteure sal niks baat by sodanige optrede nie. Inderdaad mag 'n openbaarmaking tot hul nadeel strek vir sover dit, deur die kredietwaardigheid van die sedent aan te tas, sy finansiële ondergang verhaas. In hierdie konteks dan, hou die versaking van die publisiteitsbeginsel deur erkenning van 'n geheime sessie van feitlik die gehele vermoë van 'n sedent, die moontlikheid in dat derdes wat nie werklik in staat is om hulself te beskerm nie, benadeel mag word.

5

Uit voorafgaande bespreking blyk dit dat daar geen gesag in die Romeins-Hollandse bronne en die Suid-Afrikaanse regspraak bestaan vir die proposisie dat 'n spes, of die verwagting om in die toekoms 'n reg te verwerf, as sodanig oorgedra kan word nie. 'n Poging om toekomstige regte te sedeer kan met juridiese effek beklee word met behulp van die sogenaamde sessie by voorbaat. Hierdie tegniek, waarvolgens die saaklike ooreenkoms in anticipando voltrek word en die reg, wanneer dit ontstaan, outomaties van die sedent na die sessionaris oorgaan, word in verskeie oorsese regstelsels erken. Ook in die Suid-Afrikaanse reg sou so 'n figuur nuttige funksies kon vervul.[118] In die konteks van die kredietwese moet die aangeleentheid egter met omsigtigheid benader word. Oorsese regstelsels stel dikwels publisiteitsmaatreëls as vereiste vir effektiewe sekerheidstelling by wyse van sessies in anticipando. In die Suid-Afrikaanse sessieleer verseker die dokumentreël 'n mate van publisiteit, altans in gevalle wat binne die trefwydte van die reël val. In gevalle wat nie onder die dokumentreël tuis te bring is nie, bestaan daar geen maatreëls wat die akute publisiteitsbehoefte by sessies in securitatem debiti van toekomstige boekskulde bevredig nie. Die omstandigheid dat die korrektiewe werktuig van estoppel in hierdie situasies problematies is, gekoppel aan die afwesigheid van dwingende gesag vir die erkenning van sessie by voorbaat, mag daartoe lei dat ons howe hulself verset teen hierdie regsfiguur in die kader van die kredietwese. □

[L]aw [is] not an heirloom which is to be taken down, dusted, reverently considered and placed back . . . law should be brought in to help in . . . arriving at the truth and . . . justice.

Lord Kilmuir, quoted by Brooke Law, Justice and Social Policy *10.*

---

[118]Dit kan bv aangewend word om sommige aspekte van die leerstuk van die "undisclosed principal" te verklaar. Sien in hierdie verband die opmerkings van Van der Horst *Die Leerstuk van die Undisclosed Principal* (1971) 78–85 89. Die Wet op Outeursreg 98 van 1978 maak in a 22(5) voorsiening vir die oordrag by voorbaat van toekomstige immaterieelgoedereregte. Sien hieroor Copeling *Copyright and the Act of 1978* par 59.

Die kredietburowese en databeskerming*

J Neethling
BA LLM LLD
Professor in die Privaatreg aan die Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The extensive collection and use of personal information by private as well as public bodies today create an immense threat to the individual's personality (particularly as a result of the use of electronic computers). Only one of the facets of this threat will be discussed here, namely the data-practices of the so-called credit bureaux.

The activities of credit bureaux endanger the human personality chiefly in two ways. On the one hand, the collection and distribution of information not only with regard to credit-worthiness, but also of other personal information, often of a sensitive and intimate nature, constitute a direct threat to the *privacy* of the individual. On the other hand, the fact that some of the collected data may be incorrect or misleading results in the infringement of his *identity*.

South African law is still immature with regard to the protection of privacy and identity. Consequently legislation ought to be passed in this respect. Such legislation must afford the individual the following protection: Firstly, the collection and distribution of personal information ought to be limited to data concerning *credit-worthiness*. This information must be *correct*, it must *not be outdated* and it must also not have been acquired in an *unlawful manner*. Secondly, the information ought only to be made available to persons who have a *legitimate interest* in the credit-worthiness of those involved. The usual delictual remedies ought to be available to the aggrieved party should these principles be disregarded by a credit bureau.

Apart from this protection the individual ought also to be put in a position where he can exercise *active control* over his data-profile. He must thus in the first instance be aware of the *existence* of a data-profile concerning himself. Secondly the data-profile must be open to his *inspection* and he must be in a position to bring about the *amendment or deletion* of certain data. Lastly he must be aware of those persons who have had access to the data-profile.

Finally the legislation must also make provision for a degree of *administrative control* over the data-practices of credit bureaux, the imposing of *criminal sanctions* in a case of non-observance of certain measures and also for the *technical safeguarding* of the data-profile.

1 INLEIDING

'n Onderwerp wat teenswoordig op die gebied van persoonlikheidsbeskerming in alle geïndustrialiseerde lande besondere aandag geniet, is die omvangryke versameling en gebruikmaking van inligting oor persone.[1] Met die snelle bevolkingstoename en gevolglike verwikkeldheid van die

---

*Intreerede gehou op 15 November 1979 by die Universiteit van Suid-Afrika, Pretoria.
[1]Sien in die algemeen Seidel *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht* (1972); Miller *The Assault on Privacy* (*Computers, Databanks and Dossiers*) (1971); Report by Justice *Privacy and the Law* (1970) 54.

moderne gemeenskapslewe het al hoe meer redes ontstaan – sosiaal, ekonomies, administratief – waarom een regsubjek 'n belang in inligting aangaande 'n ander het. Om die nodige persoonlike inligting te bekom en sodoende dié belange te bevredig, het 'n totaal nuwe industrie ontstaan.[2] Die bedrywighede van hierdie industrie skep 'n potensiële bedreiging wat haas onoorsienbaar is vir die individu se persoonlikheid.[3]

Vandag speel die elektroniese rekenaar, as terminus van die versamelde data (bekend as *databank*),[4] 'n belangrike rol by die versameling en verspreiding van persoonlike inligting.[5] Die gevolge van hierdie gebruik van die rekenaar is verreikend.[6] McQuoid-Mason wys op die volgende: Rekenaars vergemaklik die versameling en instandhouding van omvattende dataverslae, stel data vinnig en maklik beskikbaar vanaf heel afgeleë punte, maak die snelle oordrag van data vanuit verskillende stelsels moontlik, skep die moontlikheid om data te kombineer op 'n wyse wat andersins ondoenlik sou wees en maak dit moontlik om data in so 'n onverstaanbare vorm te kompileer en oor te dra dat min mense bewus is van die inligting wat die verslae bevat en wat daarmee gebeur. Die uiteinde is dat alle versamelde data oor 'n bepaalde persoon (die *databeeld*[8] van die *datasubjek*) deur middel van geïntegreerde databanke vir kennisname beskikbaar gestel sal kan word.[9] Op hierdie wyse word die moontlikheid geskep om 'n volledige beeld van die persoonlikheid van elke individu te ontbloot.[10] Miller[11] stel dit treffend:

> "The computer with its insatiable appetite for information, its image of infallibility, its inability to forget anything that has been put into it, may become the heart of a surveillance system that will turn our society into a transparent world in which our home, our finances, our associations, our mental and physical condition are laid bare to the most casual observer."

---

[2]Sien Countryman "The Diminishing Right of Privacy: The Personal Dossier and the Computer" 1971 *Texas Law Review* (*Tex LR*) 837–838; sien verder Müller en Kuhlmann "Integrated Information Bank Systems, Social Bookkeeping and Privacy" 1972 *International Social Science Journal* (*Int So Sci J*) 584 ev; Westin *Privacy and Freedom* (1970) 298 ev; Simitis "Chancen und Gefahren der electronischen Datenverarbeitung" 1971 *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*) 675; Karst "The Files: Legal Controls over the Accuracy and Accessibility of Stored Personal Data" 1966 *Law and Contemporary Problems* (*L and Con P*) 342; Report by Justice 53 ev.

[3]Sien die gesag aangehaal in vn 1; Dammann "Strukturwandel der Information und Datenschutz" 1974 *Datenverarbeitung im Recht* (*DVR*) 274 ev.

[4]Seidel 2–3.

[5]Countryman 838; Miller 20–23; Karst 359 ev; Westin 158 ev 321 ev; Kamlah *The Right of Privacy* (1969) 38–39, 40–44; Seidel 1 ev; McQuoid-Mason *The Law of Privacy in South Africa* (1978) 7 ev, 195–196; Long "Book Review" 1971 *Tex LR* 219 ev.

[6]Sien Seidel 5–6; McQuoid-Mason 195–196; "The Protection of Privacy" 1972 *Int So Sci J* 427 ev.

[7]195–196.

[8]Miller 26 noem dit sy "informational profile;" Seidel 20 sy "Persönlichkeitsprofil" en Müller en Kuhlmann 585 sy "feature profile."

[9]Sien Lenk "Datenschutz in der öffentlichen Verwaltung" (in Kilian, Lenk en Steinmüller *Datenschutz: Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz Elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung* (1973)) 26.

[10]Sien Schöning *Rechtliche Auswirkungen der Technisierung der Verwaltung auf das System öffentlichrechtlichen Ersatzleistungen* (1973) 210–211. Seidel 44 wys ook daarop dat die menslike persoonlikheid op hierdie wyse "durchsichtig" word en Lenk 26 verklaar: "Damit wäre ein höher Grad von Visibilität dieser Person . . . erreicht;" sien verder Kamlah 37.

[11]1972 *Int So Sci J* 429 vn 1.

In die lig van die omvang en erns van hierdie bedreiging[12] van die individu se persoonlikheid is dit verbasend dat beskermingsmaatreëls (*databeskerming*)[13] in die Suid-Afrikaanse reg, anders as in baie ander Westerse regstelsels,[14] feitlik geheel en al ontbreek.[15] Die positiefregtelike daarstelling van sodanige maatreëls is myns insiens dringend noodsaaklik. Gesien die vele fasette van die data-industrie is dit egter nie moontlik om slegs een algemeen geldige databeskermingsreëling aan te neem nie. 'n Gedifferensieerde benadering is noodsaaklik,[16] afhanklik van onder andere die instansie wat inligting versamel (byvoorbeeld die staat of 'n private instansie soos werkgewers, die versekeringswese, ensovoorts), die tipe persoonlike inligting wat ingewin word en die doel waarvoor die inligting versamel word.[17] Gebrek aan ruimte laat my slegs toe om een van die fasette van die data-industrie, naamlik die sogenaamde kredietburowese, onder oë te neem. Soos uit die naam afgelei kan word, het kredietburo's primêr te make met die versameling en verspreiding van inligting oor kredietwaardigheid. In wat volg, sal die klem veral gelê word op bepaalde praktyke wat deur kredietburo's gevolg word, die bedreiging wat hierdie praktyke vir die individu se persoonlikheid inhou en die beskermingsmaatreëls wat getref kan word ten einde die praktyke aan bande te lê en sodoende die bedreiging die hoof te bied.

2 DATA-PRAKTYKE VAN KREDIETBURO'S

Daar bestaan naastenby 30 kredietburo's in Suid-Afrika wat inligting oor ongeveer 8 miljoen persone het.[18] Gegewens oor die data-praktyke van hierdie instansies is egter karig.[19] Daarom is mens in 'n groot mate aangewese op feite wat reeds in ander lande aan die lig gekom het rakende die praktyke van kredietburo's.[20] Soos gesê, is kredietburo's in eerste instansie ingestel op die versameling en beskikbaarstelling van inligting oor persone se kredietwaardigheid. Dáárby bly dit egter nie altyd nie. Ook ander per-

---

[12]Sien in die algemeen my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* (1976) 12 ev; McQuoid-Mason 7 ev.

[13]Databeskerming beteken die maatreëls ter voorkoming van onregmatige databewerking: sien Bühnemann *Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich* (1974) 7.

[14]Vir 'n oorsig van bestaande vreemdregtelike wette en wetsontwerpe in hierdie verband sien Dammann, Mallmann en Simitis *Data Protection Legislation – An International Documentation* (1977).

[15]Sien my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 406; McQuoid-Mason 199–200.

[16]Vgl bv die Duitse Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) van 1977 wat onderskei tussen openbare versamelingsmedia, private versamelingsmedia wat data vir eie gebruik inwin en private versamelingsmedia wat data met die oog op uitgifte aan buitestaanders bekom.

[17]Sien in die algemeen Simitis *Über die Schwierigkeiten einer Datenschutzregelung – Zum Stand der Discussion* (1975) 2 *Schweizerische Aktiengesellschaft* 4–5 7; vgl ook Bericht der Datenschutzkommission des Deutschen Juristentags *Grundsätze für eine gesetzliche Regelung des Datenschutzes* (1974) 22 ev; McQuoid-Mason 200 vn 31.

[18]McQuoid-Mason 197 vn 7.

[19]ibid 197–198.

[20]Sien in die algemeen Sharp *Credit Reporting and Privacy* (*The Law in Canada and the USA*) (1970) 1 ev; Maass *Information und Geheimnis im Zivilrecht* (1970) 43–47; Seidel 7 ev; Mallmann "Kreditauskunfteien und Datenschutz in den Vereinigten Staten" in Kilian,

soonlike feite, soos drinkgewoontes, gesondheidstoestand, karaktereienskappe, reputasie, buite-egtelike verhoudings, politieke en godsdienstige oortuigings, kriminele verslae, ras, ensovoorts word dikwels by die databeeld gevoeg.[21] Die gevolg is dat kredietburo's nie alleen in staat is om 'n volledige beeld van 'n persoon se kredietwaardigheid bloot te lê nie, maar in vele gevalle ook van sy ganse persoonlike lewe.

Die kredietburowese verkry sy inligting uit verskillende bronne.[22] Die vernaamste bron is die buro's se eie kliënte, soos handelsbanke en finansieringsmaatskappye, wat op hulle beurt weer inligting oor hulle eie kliënte se beroep, inkomste en algemene kredietwaardigheid verskaf. Ook van winkels en ander ondernemings wat op krediet verkoop, word inligting bekom oor hulle kliënte se optrede in verband met hulle kredietverpligtinge.[23] 'n Ander belangrike bron is amptelike verslae, waar inligting oor arrestasies, hofgedinge, vonnisse, insolvensies, verbande, geboortes, huwelike, egskeidings en sterfgevalle verkry kan word.[24] 'n Verdere, en ooglopend baie onbetroubare bron, is koerantberiggewing.[25] Weens kredietburo's se onvermoë om in bepaalde gevalle volledige inligting oor 'n persoon te verkry en sodoende hedendaagse handelsverhoudinge, voornemende werkgewers, versekeraars en so meer te bevredig, word dikwels by private speuragentskappe om die verskaffing van inligting aangeklop.[26] Die bronne van hierdie agentskappe is meer subtiel, aangesien hulle vriende, kennisse en bure ondervra ten einde ook inligting oor die betrokkene se karakter, reputasie en sedelike lewe te bekom. Uit die aard van die saak is ook hierdie inligting baie onbetroubaar.[27] Mens kan dus tot die slotsom geraak dat die databeelde van persone by kredietburo's baie misleidende of verkeerde gegewens kan bevat.[28]

Ten slotte is dit belangrik om daarop te let dat die databeeld van 'n persoon by 'n kredietburo normaalweg vryelik bekombaar is,[29] nie alleen deur ander individue of private instansies nie, maar ook deur die staat.[30] In Engeland byvoorbeeld was so 'n "full status enquiry" in 1970 vir slegs twee sjielings beskikbaar vir iedereen.[31]

Lenk en Steinmüller 311 ev.

[21]Sien Maass 43; Seidel 7 ev; Kamlah 44 ev; Westin 159 ev; Karst 317 ev; Packard *The Naked Society* (1970) 162 ev; Report by Justice 58 ev; vgl egter McQuoid-Mason 197–198, veral 198 vn 16 oor die oënskynlike posisie in Suid-Afrika.

[22]Sien Countryman 840 ev; Miller 68 ev; Seidel 8–9.

[23]Sien McQuoid-Mason 197, veral vn 10.

[24]ibid 197 vn 9.

[25]ibid 198.

[26]Sien Miller 69 ev; Countryman 847; vgl McQuoid-Mason 198.

[27]Miller 71 verklaar: "Reports of this kind, filled with unverified conclusions and epithets based on interviews with people who usually remain unidentified, apparently are quite common and certainly have resulted in injury to some people;" sien ook Sharp 17–18.

[28]Sien ook Seidel 22; Report by Justice 28–29 59; Sharp 93 ev; vgl McQuoid-Mason 198.

[29]Vgl nietemin McQuoid-Mason 198.

[30]Kamlah 14; Seidel 8.

[31]Report by Justice 59.

3 BEDREIGING VIR DIE INDIVIDU SE PERSOONLIKHEID

Die bedrywighede van kredietburo's stel die menslike persoonlikheid hoofsaaklik op tweërlei wyses in gevaar. Enersyds skep die kompilasie en verspreiding van persoonlike inligting 'n direkte bedreiging vir die individu se *privaatheid*. Andersyds lei die versameling en openbaarmaking van valse of misleidende data weer tot 'n krenking van sy *identiteit*.[32] Hierdie stellings verg nadere verduideliking.

(a) Privaatheid as 'n aspek van die menslike persoonlikheid kan kernagtig soos volg omskryf word.[33] Privaatheid is 'n individuele lewenstoestand van afsondering van openbaarheid. Hierdie lewenstoestand omsluit al daardie persoonlike feite wat die belanghebbende self bestem om van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit te wees en ten opsigte waarvan hy 'n privaathoudingswil het. Aangesien privaatheid slegs betrekking het op persoonlike feite wat die belanghebbende self bestem om van kennismaking deur buitestaanders uitgesluit te wees, is dit voor-die-hand-liggend dat privaatheid *slegs* deur 'n *kennismaking* met sodanige feite in stryd met die bestemming en wil van die belanghebbende geskend kan word. Sodanige kennismaking kan weer op twee wyses geskied.[34] Enersyds wanneer 'n buitestaander *self* met private persoonlike feite kennis maak. Dit kan as *kennisname-* of *indringingsgevalle* bestempel word. Andersyds wanneer 'n buitestaander *derdes* laat kennis maak met persoonlike feite wat, alhoewel hulle aan die buitestaander self bekend is, steeds privaat is. Hierdie kan as *kennismededelings-* of *openbaarmakingsgevalle* beskryf word.

Toegepas op die data-praktyke van die kredietburowese kan die volgende gestel word: Wanneer inligting aangaande 'n persoon se kredietwaardigheid of andersins versamel word, is die *geheelbeeld* daarvan meesal van sodanige aard dat die belanghebbende kennisname daarvan wil beperk nieteenstaande die feit dat sommige van die data, op sigself genome, nie privaat in genoemde betekenis is nie.[35] Die ongemagtigde kompilasie en bygevolg kennisname van die databeeld kom dus in beginsel neer op 'n indringingshandeling in privaatheid deur die kredietburo.[36] Die verspreiding en bygevolg kennismededeling van die databeeld in stryd met die belanghebbende se bestemming en wil stel aan die ander kant in beginsel weer 'n openbaarmakingshandeling van privaatheid daar. So gesien, stel die versameling en beskikbaarstelling van persoonlike inligting deur die kredietburo beslis die

---

[32]'n Persoon se reputasie of goeie naam kan natuurlik ook in gedrang kom: sien *Pickard v Trade Protection Society* (1905) 22 SC 89; McQuoid-Mason 199 vn 20.

[33]Sien my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 280 ev, 287; *Persoonlikheidsreg* (1979) 45 ev, 47. Vgl ook *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 384.

[34]Sien Gross "The Concept of Privacy" 1967 *New York University Law Review* (*NYULR*) 37; De Wet en Swanepoel *Strafreg* (1975) 238–239; Giesker *Das Recht der Privaten an der eigenen Geheimsphäre* (1905) 24–25; Swantan "Protection of Privacy" 1974 *Australian Law Journal* (*Aust LJ*) 92; vgl Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 136; sien verder my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 294 ev; *Persoonlikheidsreg* 47 ev.

[35]Vgl Giesker 44–45.

[36]Vgl Miller 176.

individu se privaatheid in gevaar. Dienooreenkomstig behels die beskerming van 'n persoon teen die data-aktiwiteite van kredietburo's hoofsaaklik die beskerming van sy privaatheid.[37]

(b) Onder identiteit as 'n persoonlikheidsbelang word weer verstaan fasette van 'n persoon se persoonlikheid wat hom as 'n bepaalde persoon identifiseer, wat dus kenmerkend van of eie aan hom is en hom sodoende van andere onderskei, dit wil sê sy lewensgeskiedenis, sy karakter, sy kredietwaardigheid, sy stem, sy handskrif, sy naam, sy gestaltebeeld, ensovoorts.[38] 'n Persoon het 'n besliste belang daarin dat die eie aard van sy wese en handelinge deur buitestaanders gerespekteer moet word. Dienooreenkomstig word identiteit geskend indien indicia daarvan sonder magtiging gebruik word op 'n wyse wat nie met die ware persoonlikheidsbeeld van die belanghebbende te versoen is nie.

So gesien, skep die versameling en verspreiding van verkeerde of misleidende persoonlike data deur die kredietburo 'n besliste bedreiging vir die betrokkene se identiteit. Die inligting word naamlik gebruik op 'n wyse wat nie eie aan sy ware persoonlikheidsbeeld is nie.[39]

4 DATABESKERMINGSREËLING

Die vraag ontstaan nou welke databeskermingsreëling getref moet word ten einde hierdie bedreiginge van die individu se persoonlikheid die hoof te bied. 'n Effektiewe privaatregtelike databeskerming kan myns insiens slegs op 'n tweeledige wyse verkry word.[40] Enersyds is daar wat genoem kan word die *tradisionele beskermingsmaatreëls*. Hierdie maatreëls sluit aan by gevestigde positiefregtelike beginsels aangaande die onregmatige daad wat op die gebied van persoonlikheidsbeskerming toepassing vind. Gevolglik moet dié maatreëls slegs as 'n besondere toepassing van daardie beginsels beskou word. Gesien die inherente konserwatisme van die howe asook die feit dat die beskerming van privaatheid en identiteit in die Suid-Afrikaanse reg nog grootliks onverkende terrein is, is dit hoogs onwaarskynlik dat sodanige toepassing in die nabye toekoms, indien ooit, deur die regspraak gemaak sal word. Daarom moet hierdie aangeleentheid by wyse van wetgewing gereël word. Andersyds moet die individu ook in staat gestel word om 'n *aktiewe kontrole* oor sy databeeld te kan uitoefen. Hierdie maatreëls verskil geheel en al van die tradisionele beskerming en is gevolglik uniek op die gebied van persoonlikheidsbeskerming. Soos sal blyk, het die tradisionele beskermingsmaatreëls weinig waarde indien 'n aktiewe individuele kontrole oor die versameling en ver-

---

[37]Sien Simitis 1971 *NJW* 675; Seidel 1; Westin 158; Countryman 868; Geiger "Datenschutz und Gewaltenteilung" in Kilian, Lenk en Steinmüller 173 177; Hasselkuss en Kaminski "Persönlichkeitsrecht und Datenschutz" in Kilian, Lenk en Steinmüller 122 ev; sien verder my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 102 226 ev 358–359 en die gesag waarna daar verwys word.

[38]Sien my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 295 ev; *Persoonlikheidsreg* 50 ev. Vgl ook *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films Bpk* 1979 2 SA 441 (A) 456; Joubert 134; Hubmann *Das Persönlichkeitsrecht* (1967) 271.

[39]Sien Seidel 125 ev; vgl ook my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 107–108 359.

[40]Sien ook Seidel 130.

spreiding van persoonlike inligting deur kredietburo's ontbreek.[41] Ook in hierdie verband sal die maatreëls by wyse van wetgewing geskep moet word.

Afgesien van die privaatregtelike beskermingsreëling, sal die wetgewing ook voorsiening moet maak vir 'n mate van *administratiewe kontrole* oor die data-praktyke van kredietburo's, die knoop van *strafregtelike sanksies* aan die nie-nakoming van sekere maatreëls, asook vir die *tegniese beveiliging* van die databeeld.

4 1 PRIVAATREGTELIKE BESKERMING

4 1 1 Tradisionele beskerming

Sowel die individu se belang in sy privaatheid[42] as in sy identiteit[43] word as regtens beskermde persoonlikheidsgoedere, oftewel persoonlikheidsregte, in die Suid-Afrikaanse reg erken. Om aanspreeklikheid weens 'n aantasting van hierdie persoonlikheidsgoedere te vestig, moet dit in eerste instansie vasstaan dat die gewraakte optrede onregmatig is.[44] Aangesien onregmatigheid basies in die skending van 'n subjektiewe reg (dus ook 'n persoonlikheidsreg) geleë is,[45] kan enige handeling wat 'n inwerking op 'n regsgoed of 'n versteuring van die reghebbende se genot en gebruik daarvan tot gevolg het, as 'n aantasting van die betrokke subjektiewe reg in aanmerking kom.[46] Die blote *feitelike versteuring* van die subjek-objek verhouding beteken egter nie dat daar sonder meer 'n skending van die subjektiewe reg was nie. Alhoewel dié versteuring 'n vereiste vir onregmatigheid is, moet 'n regsaantasting noodwendig met 'n normoortreding gepaard gaan aangesien die grense van die subjektiewe reg deur die regsnorme omlyn word.[47] Die norm wat aangewend moet word om te bepaal of 'n feitelike versteuring van die subjek-objek verhouding regtens ongeoorloof is al dan nie, is dié van die *redelikheid* van die dader se optrede in die lig van die benadeling wat

---

[41]Sien my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 110–111 226 ev 238 oor die gebreke wat die tradisionele persoonlikheidsbeskerming in Duitsland en die VSA mbt databeskerming het.

[42]Sien oa *O'Keeffe v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1954 3 SA 244 (K); *Gosschalk v Rossouw* 1966 2 SA 476 (K) 490; *Rhodesian Printing and Publishing v Duggan* 1975 1 SA 590 (RA) 592; vgl ook *S v A* 1971 2 SA 293 (T). In *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films Bpk* 1977 4 SA 376 (T) (sien ook 1979 2 SA 441 (A) 455 ev) verklaar r Mostert: "Die reg op privaatheid is een van die verskyningsvorms van die breër groep persoonlikheidsregte. In ons regspraak is erkenning aan sowel persoonlikheidsregte as die reg op privaatheid as beskermde regte verleen." Sien in die algemeen verder my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 373 ev; *Persoonlikheidsreg* 172 ev; sien ook McQuoid-Mason 86 ev.

[43]In *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 386 (vgl ook 1979 2 SA 441 (A) 456) word verklaar: " 'n Aanverwante begrip wat in hierdie verband in aanmerking kom is die reg op identiteit. By die mens word hierdie reg by die persoonlikheidsregte geklassifiseer." Sien in die algemeen my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 215 ev.

[44]Sien my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 69–70; vgl Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 60 ev.

[45]Sien *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387.

[46]Sien Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 164.

[47]ibid 154; Van der Merwe en Olivier 60 ev.

die getroffene ly.[48] Die redelikheidskriterium is 'n objektiewe maatstaf, die vasstelling waarvan met verwysing na die algemene regsgevoel van die gemeenskap (boni mores) geskied.[49]

Voor daar dus gesê kan word dat die data-praktyke van 'n kredietburo die regte op privaatheid en of identiteit van 'n persoon skend en bygevolg onregmatig is, moet dit nie alleen vasstaan dat die kennisname van private feite in stryd met die reghebbende se subjektiewe wil en bestemming geskied of dat sy persoonlikheidsbeeld inderdaad vervals is nie, maar terselfdertyd ook dat die gewraakte optrede gemeenskapstrydig of contra bonos mores[50] is.

As uitgangspunt moet aanvaar word dat die versameling van persoonlike inligting deur 'n kredietburo in stryd met die betrokkene se bestemming en wil (wat, soos reeds aangevoer, 'n indringingshandeling in privaatheid daarstel), gemeenskapstrydig en bygevolg prima facie onregmatig is.[51] In beginsel hoef geen persoon tog te duld dat 'n kredietburo inligting aangaande homself versamel nie. Hierdie siening is analoog aan die beskouing dat die voortdurende agtervolging van 'n persoon deur 'n privaatspeurder[52] of die omvangryke spioenering van 'n persoon se aktiwiteite[53] sy reg op privaatheid skend. Staan dit vas dat die versameling van die inligting in beginsel onregmatig is, dan spreek dit eintlik vanself dat die uitreiking daarvan aan derdes (wat, soos gestel, op 'n openbaarmakingshandeling van privaatheid neerkom), ook regtens ongeoorloof behoort te wees.[54] Hierdie beskouing is nie net logies nie, maar ook in ooreenstemming met die algemene regsgevoel.[55] Insgelyks behoort laastens ook die versameling en verskaffing van valse of misleidende data (wat, soos aangevoer, identiteit aantas) onregmatig te wees.[56] Dat hierdie optrede strydig met die algemene regsgevoel van die gemeenskap is, behoef geen verdere betoog nie.

---

[48]Sien Van der Merwe en Olivier 60–61.

[49]ibid 61; sien ook my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 69–70. Oor die boni mores as onregmatigheidskriterium sien *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387; vgl ook *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597; Potgieter "Vonnisbespreking" 1978 *THRHR* 330–332.

[50]Die regspraak pas deurgaans die boni mores as onregmatigheidskriterium by 'n privaatheidskending toe: sien bv *S v A* 1971 2 SA 293 (T) 299 waar wr Botha die grense van die reg op privaatheid ooreenkomstig die "prevailing boni mores in accordance with public opinion" omlyn; sien ook *O'Keeffe v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1954 3 SA 244 (K) 248; vgl *Gosschalk v Rossouw* 1966 2 SA 476 (K) 492; Joubert 136 en my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 176–177. Dieselfde toets geld by die beoordeling van die onregmatigheid van 'n identiteitskending: sien *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films* 1977 4 SA 376 (T) 386–387 en my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 217 ev.

[51]Vgl Miller 175–176; Komlah 108 en my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 229 mbt die posisie in die VSA.

[52]In die Duitse reg word "Beschattung" en in die Amerikaanse reg "shadowing" as 'n onregmatige privaatheidskending bestempel: sien *Die Reg op Privaatheid* 54–55 173–174; vgl ook *Epstein v Epstein* 1906 TH 87 en my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 181–182.

[53]Sien Giesker 44.

[54]Vgl Seidel 147–148.

[55]Vgl Giesker 127–129; Kamlah 127; vgl ook *Goodman v Van Moltke* 1938 CPD 153 en my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 183–184.

[56]Sien Seidel 148; Kamlah 145–146 en my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 361 363.

Nou moet egter goed voor oë gehou word dat 'n handeling wat oënskynlik die persoonlikheidsreg van 'n ander aantas – dus prima facie onregmatig is – by nadere ondersoek tog regmatig kan blyk te wees omdat die een of ander omstandigheid wat dié handeling regverdig, aanwesig is. Hierdie omstandighede staan bekend as *regverdigingsgronde*.[57] Alhoewel die subjek-objek verhouding dus inderdaad feitelik versteur word, makeer in so 'n geval 'n normoortreding juis omdat die krenkingshandeling regtens veroorloof word. Sodanige situasie kan hom voordoen op die gebied van die data-praktyke van die kredietburowese. Waar 'n persoon byvoorbeeld regsgeldiglik toegestem het tot die versameling en verspreiding van persoonlike inligting, is daar weens die werking van die beginsel volenti non fit iniuria van onregmatigheid nie sprake nie. Van besondere betekenis is egter 'n aangepaste en uitgebreide toepassing van die regverdigingsgrond *noodtoestand*. Hier moet nietemin dadelik benadruk word dat dié regverdigingsgrond met betrekking tot die data-praktyke van kredietburo's slegs by 'n privaatheidskending te pas kan kom. Dit is ondenkbaar dat 'n identiteitskending in hierdie verband deur 'n noodtoestandshandeling geregverdig kan word.[58] Die versameling en openbaarmaking van valse of misleidende persoonlike data deur 'n kredietburo is dus altyd summier onregmatig.

Die toepaslikheid van noodtoestand[59] op die onderhawige terrein sien soos volg daar uit. Ten einde 'n besondere belang (byvoorbeeld die belang in 'n persoon se kredietwaardigheid) te beskerm of te beveilig, is individue of instansies (soos voornemende verkopers, verhuurders en finansiers) dikwels *genoodsaak* om inligting aangaande die kredietwaardigheid van andere te bekom.[60] Omdat dit egter meesal prakties onrealisties of ondoenlik is vir dié persone of instansies om self sodanige inligting te bekom, word hulle belange beveilig deur kredietburo's wat oor die nodige middele en doeltreffendheid beskik om volledige databeelde op 'n permanente basis saam te stel.[61] Laasgenoemde stel dan die inligting aan die belanghebbendes beskikbaar.[62] Hierdie beveiliging van 'n belang in noodtoestand is natuurlik slegs regmatig indien aan die vereistes vir 'n geldige noodtoestandshandeling voldoen word. Daarom moet dit in eerste instansie vasstaan dat die belang wat die kredietburo wil beveilig 'n *geregverdigde belang*[63] is, dit wil sê 'n belang

---

[57]Sien hieroor Van der Merwe en Olivier 61 en my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 70.

[58]Sien nietemin my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 219–220.

[59]Sien in die algemeen oor hierdie regverdigingsgrond Van der Merwe en Olivier 81 ev.

[60]Alhoewel van noodtoestand in die sin van *oormag* in hierdie gevalle eintlik nie sprake is nie, is die dader uit *noodsaak* tog verplig om sy geregverdigde belang te beveilig deur die privaatheid van die betrokkene te skend. Vgl Asser-Rutten *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht* Derde Deel Tweede Stuk (1954) 505: "Noodtoestand is aanwezig, wanneer de plicht om een handeling niet te plegen omdat zij onrechtmatig zou zijn, wordt opgehefen door een ander plicht of een belang van hogere orde."

[61]Dus 'n geval waar die dader ander persone se belange uit noodsaak beveilig.

[62]'n Analoë aanwending van die regverdigingsgrond *bevoorregte geleentheid* (by 'n lasteraksie) kan natuurlik ook hier ter sprake kom: sien McQuoid-Mason 199 225 en vgl *Morar v Casajee* 1911 EDL 171 180.

[63]Die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act 15 USA (1970) (par 1681(1)) beperk die beskikbaarstelling van inligting tot persone met 'n "legitimate business need;" vgl ook die Duitse BDSG (a 32(2)) en die Oostenrykse ontwerp – Datenschutzgesetz (1975) (a 28(2)).

wat regtens erkenning en beskerming geniet, en dat die privaatheidskending in die omstandighede redelikerwys die *noodwendige middel* ter beveiliging van daardie belang is.[64] Nou kan aanvaar word dat die belange op die beveiliging waarvan kredietburo's primêr gerig is, naamlik belange in kredietwaardigheid, geregverdig is[65] en dat die verkryging en beskikbaarstelling van persoonlike inligting aangaande kredietwaardigheid in die algemeen redelikerwys noodsaaklik vir die beveiliging van dié belange is. Hieruit volg dat indien 'n geregverdigde belang in 'n bepaalde persoon se kredietwaardigheid ontbreek by die persoon aan wie die inligting verskaf word, sodanige openbaarmaking in beginsel onregmatig is.[66] 'n Verdere konsekwensie is dat vir sover die versamelde data nie ter beveiliging van 'n geregverdigde belang aangewend word nie en die gebruik van die inligting ook nie andersins regmatig is nie, daar 'n absolute *geheimhoudingsplig* op die kredietburo ten aansien van die data behoort te rus.[67] Voorts behoort die *ongemagtigde insae* in 'n databeeld deur 'n buitestaander onregmatig te wees.[68] Sodanige optrede kan eenvoudig nie goedgekeur word nie selfs al is daar 'n geregverdigde belang by die buitestaander aanwesig.

Staan dit vas dat die kredietburo wel noodsaaklikerwys ter beveiliging van 'n geregverdigde belang in kredietwaardigheid handel, moet dié handeling steeds op 'n *redelike wyse* geskied.[69] 'n Faktor wat 'n belangrike rol in hierdie opsig speel, is dat die *tipe* en *omvang* van die versamelde data noodsaaklik moet wees vir die beveiliging van die belang, dit wil sê nie meer inligting as wat *nodig* is vir doeleindes hiervan behoort versamel en beskikbaar gestel te word nie.[70] Dit beteken eerstens dat slegs inligting oor kredietwaardigheid versamel en uitgegee behoort te word.[71] Ander persoonlike feite, soos drinkgewoontes, gesondheidstoestand, karaktereienskappe, buiteegtelike verhoudings, ensovoorts is beslis onnodig om belange in kredietwaardigheid te beveilig.[72] Sodanige sensitiewe persoonlike feite behoort

---

[64]Sien my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 100 199–200.

[65]Vgl vn 63.

[66]Die openbaarmaking kan natuurlik om ander oorwegings steeds regmatig wees, soos waar die betrokkene toegestem het of die openbaarmaking in openbare belang is: vgl die Oostenrykse ontwerp (a 28(2)) en die Deense Entwurf eines Gesetzes über Private Register (1973) (a 16(2)).

[67]Vgl bv die Oostenrykse ontwerp (a 28(2)); die Duitse BDSG (a 5); die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act (par 620); die Sweedse Datengesetz (1973) (a 13); die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (1973) (a 14) en die Hessiese Datenschutzgesetz (1970) (a 3).

[68]Vgl die Sweedse Datengesetz (a 21) en die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act (par 619).

[69]Sien my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 199–200.

[70]Vgl Schöning 215 wat aan die hand doen dat "nicht mehr Daten als zum Erreichen eines ligitimen Informationszweckes erforderlich erhaben und gespeickert werden durfen." Insgelyks voer Alschuler "A Different View of Privacy" 1971 *Tex LR* 872 879 aan dat die versameling van persoonlike inligting beperk moet word tot "what information an individual or institution should have in making a particular decision." Vgl ook resolusie (73) 22(2) van die Council of Europe en die Oostenrykse ontwerp supra (a 24).

[71]Die Deense ontwerp (a 5(1)) bevat so 'n uitdruklike bepaling; sien ook die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (a 2).

[72]Die Deense ontwerp (a 5(3)(4)) beperk die versameling van inligting tot dié wat met kredietwaardigheid verband hou. Die versameling van data oor kleur, ras, gesondheid, politiek en seks word uitdruklik verbied; sien ook die Sweedse Kreditauskunftsgesetz

bowendien nooit op 'n permanente basis versamel en beskikbaar gestel te word nie selfs al sou dié inligting vir die beveiliging van die geregverdigde besigheidsbelang van byvoorbeeld 'n voornemende werkgewer of verseker-aar noodsaaklik wees. Dié tipe inligting behoort slegs op 'n eenmalige basis deur byvoorbeeld 'n private speuragentskap aan die belanghebbende persoon beskikbaar gestel te word.[73] Afgesien daarvan dat slegs inligting oor kredietwaardigheid geïn behoort te word, moet nog 'n verdere kwalifikasie gestel word. Dit is naamlik dat die omvang van hierdie inligting noodsaaklik moet wees vir die bepaling van kredietwaardigheid. In hierdie opsig is dit veral belangrik om daarop te let dat *verouderde gegewens* meesal onnodig is vir doeleindes van die bepaling van huidige kredietwaardigheid. Daarom moet verouderingstydperke voorgeskryf word waarná die versameling van sodanige inligting ongeoorloof behoort te wees.[74] Word inligting wat onnodig is vir die beveiliging van belange in kredietwaardigheid bekom en openbaar gemaak, dan word die perke van noodtoestand oorskry en is die gewraakte optrede onredelik en bygevolg onregmatig. Of die inligting noodsaaklik was, is 'n feitelike vraag wat van al die omstandighede van die besondere geval afhang.

Die perke van redelikheid word voorts oorskry indien sommige van die versamelde data op sigself op 'n ongeoorloofde of *onregmatige wyse bekom* is (soos deur die ongemagtigde meeluistering na 'n besigheidsgesprek of die onbevoegde insae in 'n bankstaat).[75] Indien die versameling en gebruik van sodanige inligting as regmatig geag word, sal kredietburo's aan die versoeking blootgestel word om die benodigde inligting op 'n onregmatige wyse te bekom. So 'n praktyk is beslis af te keur.

Tree die kredietburo volgens bostaande kriteria onregmatig op, dan behoort die gewone remedies, te wete die interdik, die actio iniuriarum vir genoegdoening en die actio legis Aquiliae vir skadevergoeding tot die benadeelde se beskikking te wees.[76] Skuld behoort egter nie as aanspreeklikheidsvereiste by genoegdoenings- en skadevergoedingseise gestel te word nie. Die versameling en gebruik van persoonlike data (veral deur middel van elektroniese databanke) skep naamlik so 'n geweldige bedreiging vir die

---

(a 6) en vgl die Franse ontwerp oor Informatique et Libertes (1976) (a 26); McQuoid-Mason 84–85 oor die bepalings van wetgewing in Kanada in hierdie verband. Hierteen-oor laat die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act (par 1681(d)(a)) toe dat inligting oor die individu se "character, general reputation, personal characteristics or modes of living" versamel word.

[73]Vgl McQuoid-Mason 198. Volgens hierdie skrywer (197 vn 9) beperk kredietburo's in Suid-Afrika hulle gewoonlik net tot die versameling en uitgifte van inligting oor kredietwaardigheid.

[74]Die meeste vreemde wette en wetsontwerpe lê sodanige tydperke neer. Meesal word gestel dat data wat ouer as 7 jaar is nie versamel mag word nie: vgl in die algemeen die Deense ontwerp (a 8); die Franse ontwerp (a 24); die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (a 8) (5 jaar); die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act (par 1681(c)); McQuoid-Mason 84 vn 88 oor wetgewing in Kanada; resolusie (73) 22 (4) van die Council of Europe.

[75]Sien resolusie (73) 22 (3) van die Council of Europe. Volgens a 32(1) van die Duitse BDSG mag slegs data "aus allgemein zugänglichen Quellen" versamel word; vgl verder Miller 175–176.

[76]Sien McQuoid-Mason 198–199.

individu se persoonlikheid dat die kredietburowese eenvoudig die risiko van aanspreeklikheid moet loop.[77]

4 1 2 Aktiewe kontrole

Die meeste skrywers[78] is dit eens dat die tradisionele beskermingsmaatreëls van weinig betekenis is indien die individu (datasubjek) nie ook regtens in staat gestel word om direkte kontrole oor sy databeeld uit te oefen nie. Ten einde die individu in staat te stel om sodanige kontrole uit te oefen, is dit van kardinale belang dat hy in eerste instansie *bewus* moet wees van die *bestaan* van 'n databeeld oor homself. Dit spreek eintlik vanself dat selfs die mees omvattende databeskermingsreëling waardeloos is indien hierdie kennis by die datasubjek ontbreek.[79] Daarsonder bly die individu totaal onbewus van die feit dat sy persoonlikheid bedreig of inderdaad gekrenk word. Daarom moet kredietburo's die persone oor wie data versamel word, van dié feit in kennis stel.[80] Hierdie bewuswording word in Suid-Afrika verongeluk as gevolg van die feit dat daar gewoonlik 'n ooreenkoms tussen die kredietburo en die data-gebruiker is te dien effekte dat laasgenoemde nie die identiteit van die kredietburo aan die datasubjek bekend sal maak nie.[81]

Die bewuswording van die bestaan van 'n databeeld is op sigself natuurlik nie voldoende vir 'n effektiewe kontrole nie. Die datasubjek moet tweedens ook bevoeg wees om (a) *insae* in die databeeld te verkry en (b) 'n *skrapping* of *wysiging* van bepaalde data te bewerkstellig.[82] Eersgenoemde bevoegdheid is 'n absolute vereiste vir die uitoefening van laasgenoemde. (Net soos 'n persoon bewus moet wees van die feit dat data oor hom versamel word, moet hy ook van hierdie bevoegdhede bewus wees. Daarom moet die kredietburo hom volledig oor sy bevoegdhede inlig en hoedat hy hulle kan uitoefen.)

---

[77]Sien Simitis 1975 (2) *Schweizerische Aktiengesellschaft* 8–9; Mallmann "Datenschutz in Schweden: Das Neue Datengesetz" 1974 *Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung* (*ÖVD*) 32; Dammann 1974 *DVR* 299; vgl ook die Sweedse Datengesetz (a 23) mbt die uitgifte van verkeerde data.

[78]Sien bv Simitis 1971 *NJW* 677 ev; Maass 45; Lenk in Kilian, Lenk en Steinmüller 17; Seidel 161 ev; Dammann 1974 *DVR* 269 ev; Bericht der Datenschutzkommission des Deutschen Juristentags 41 ev; Miller 25; Countryman 868; sien ook my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 113 ev 226 ev en 269 ev oor die posisie in die Duitse, Amerikaanse en Engelse reg.

[79]In 1972 *Int So Sci J* 421 word verklaar dat die versameling en gebruik van persoonlike data "is all the more grave when, as is usually the case, the person concerned has no means of knowing either that information is being collected about him, or the use which is being made of it." Sien ook Miller 189; Countryman 845; Simitis 1971 *NJW* 685.

[80]Vgl a 34(1) van die Duitse BDSG en die Deense ontwerp (a 7(1)); sien ook McQuoid-Mason 199. Die Engelse Consumer Credit Act (1974) (a 157) maak daarvoor voorsiening dat waar 'n persoon by 'n besigheidstransaksie betrokke is, hy geregtig is om van sy teenparty kennis te verkry van welke "agency" hy data oor eersgenoemde se kredietwaardigheid verkry het. Sodoende word die datasubjek bewus van die bestaan van 'n databeeld oor homself. Volgens die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act (par 1681(a)(f)) kan 'n persoon in soortgelyke omstandighede slegs bewus word van sy databeeld by 'n kredietburo indien 'n sg "adverse report" aan die gebruiker verskaf is.

[81]Sien McQuoid-Mason 198.

[82]Sien McQuoid-Mason 199; Simitis 1971 *NJW* 681; Seidel 163 ev; Sharp 102 ev; sien ook my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 114 227 en 269.

(a) Die bevoegdheid om insae in die databeeld te verkry, is essensieel vir 'n effektiewe datakontrole.[83] Sonder kennisname van die inhoud van sy databeeld bly die individu onbewus daarvan of sy regte gekrenk word al dan nie. Alleen op hierdie wyse kan hy vasstel of die versamelde inligting korrek is, of dit slegs op kredietwaardigheid betrekking het, dit wil sê nodig is vir doeleindes van die bepaling van huidige kredietwaardigheid, ensovoorts.

(b) Die bevoegdheid om 'n skrapping of wysiging van sekere data te bewerkstellig, is weer noodsaaklik om 'n krenking of verdere krenking van die datasubjek se persoonlikheidsregte te voorkom. Hy moet bevoeg wees om valse of verkeerde data,[84] data wat onnodig is vir die bepaling van kredietwaardigheid, verouderde data en data wat op sigself op 'n onregmatige wyse bekom is,[85] te laat skrap. Voorts moet die datasubjek ook in staat wees om 'n wysigingsbevoegdheid ten aansien van misleidende data te kan uitoefen.[86]

Ten slotte moet die datasubjek ook bewus wees van welke persone of instansies insae in die databeeld gehad het. Slegs deur sodanige bewuswording kan die betrokke persoon bepaal of die inligting ter beveiliging van 'n geregverdigde belang in kredietwaardigheid aangewend is al dan nie. Die kredietburo moet hom dus verwittig wanneer die inligting beskikbaar gestel word en aan wie.[87] (Hierdie voorskrif geld natuurlik nie met betrekking tot werknemers van 'n kredietburo wat uit hoofde van hulle werk normaalweg met die databeeld in aanraking kom nie.)

Uit bostaande blyk duidelik dat slegs indien 'n aktiewe kontrole oor sy databeeld aan die datasubjek verskaf word, hy voldoende beskerming in hierdie verband kan geniet. Die tradisionele databeskermingsreëling word naamlik eers dan betekenisvol.

4 2 ADMINISTRATIEWE BESKERMING

Ten einde die datasubjek in staat te stel om daadwerklik 'n aktiewe kontrole oor sy databeeld uit te oefen, is dit noodsaaklik dat die een of ander vorm van administratiewe toesig oor die aktiwiteite van die kredietburowese gevestig word.[88] Dit kan geskied deur middel van die lisensiëring of registra-

---

[83]Hierdie bevoegdheid word dan ook in alle vreemde wette en wetsontwerpe oor databeskerming vervat: vgl in die algemeen die Deense ontwerp (a 7(2–5)); die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act (par 1681(g) 1681(b)); die Engelse Consumer Credit Act (a 158); die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (a 10); die Duitse BDSG (a 34); vgl voorts die Franse ontwerp (a 27 28); die Sweedse Datengesetz (a 10); die Oostenrykse ontwerp (a 10) en resolusie (73) 22 (6) van die Council of Europe. Volgens a 34 van die Duitse BDSG kan 'n fooi gevra word vir die verskaffing van 'n afskrif van die versamelde data.

[84]Vgl in die algemeen die Amerikaanse Fair Credit Reporting Act (par 1681(1)(d)) (McQuoid-Mason 45); die Engelse Consumer Credit Act (a 159) (McQuoid-Mason 56); die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (a 12); die Duitse BDSG (a 35); die Deense ontwerp (a 11); vgl voorts die Oostenrykse ontwerp (a 11); die Franse ontwerp (a 29) en die Hessiese Datenschutzgesetz (1970) (a 4(1)).

[85]Vgl die Duitse BDSG (a 35(3)) en resolusie (73) 22 (7) van die Council of Europe.

[86]Vgl vn 84.

[87]Vgl die Deense ontwerp (a 11); sien ook Simitis 1971 *NJW* 681; Seidel 164.

[88]Vgl McQuoid-Mason 199; vgl ook my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 115–116

sie van kredietburo's by 'n onafhanklike administratiewe orgaan.[89] Dié orgaan moet dan toesien dat die databeskermingsmaatreëls deur elke kredietburo nagekom word sodat die mees effektiewe kontrole deur die datasubjek self bewerkstellig kan word. Die orgaan moet gevolglik in staat gestel word om die aktiwiteite van kredietburo's direk te inspekteer.[90] Ook behoort die orgaan individuele klagtes te kan ondersoek en geskille wat tussen die kredietburo en 'n datasubjek ontstaan, te kan bereg.[91]

4 3 STRAFREGTELIKE BESKERMING

Strafregtelike aanspreeklikheid behoort geknoop te word aan die nienakoming van bepaalde databeskermingsmaatreëls. Dit geld veral ten aansien van die maatreëls wat aan die individu 'n aktiewe kontrole oor sy databeeld verskaf sowel as ten aansien van die administratiewe reëling.[92] Sonder sodanige aanspreeklikheid sal die databeskermingsreëling nie effektief afgedwing kan word nie.

4 4 TEGNIESE BEVEILIGING

Waar 'n kredietburo van 'n elektroniese rekenaar gebruik maak om persoonlike inligting te versamel en beskikbaar te stel, behoort daar maatreëls te bestaan wat die data tegnies beveilig.[93] Hierdie maatreëls sal ten doel hê om die ongemagtigde insae in 'n databeeld deur 'n buitestaander, byvoorbeeld deur die "tap" van die komper, te verhinder.

5 SLOTSOM

Aangesien die aktiwiteite van die kredietburowese 'n groot bedreiging vir die individu se persoonlikheid inhou, en aangesien die tradisionele beskouings aangaande privaatheid- en identiteitsbeskerming (wat in die Suid-Afrikaanse reg in elk geval nog in sy kinderskoene is) met betrekking tot databeskerming geheel en al onvoldoende is, behoort wetgewing in hierdie verband in Suid-Afrika aangeneem te word (soos trouens in baie ander lande

---

239–240 274; Seidel 180 ev; Simitis 1971 *NJW* 681; Dammann 1974 *DVR* 297–298; Miller 233 ev.

[89]Vgl McQuoid-Mason 199; vgl verder die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (a 15); die Hessiese wet (a 7 ev); die Sweedse Datengesetz (a 2 ev); die Franse ontwerp (a 4 ev 13 14); die Duitse BDSG (a 39 40); die Deense ontwerp (a 3 4); die Oostenrykse ontwerp (a 4 13 15 ev 26).

[90]Vgl die Deense ontwerp (a 4(2)); die Duitse BDSG (a 30(3)); die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (a 16) en die Sweedse Datengesetz (a 17).

[91]Vgl die Engelse Consumer Credit Act (a 159(5)). Ingevolge hiervan kan appèl na die Director General of Fair Trading aangeteken word indien 'n dispuut ontstaan oor die geldigheid van 'n aansoek om skrapping of wysiging van verkeerde of misleidende data. Vgl ook McQuoid-Mason 85 oor die posisie in sommige Kanadese provinsies; die Duitse BDSG (a 30 40); die Deense ontwerp (a 10(2) 11); die Franse ontwerp (a 18); die Oostenrykse ontwerp (a 4(6) 20); die Hessiese wet (a 11).

[92]Vgl die Sweedse Kreditauskunftsgesetz (a 19); die Sweedse Datengesetz (a 20 21); die Deense ontwerp (a 21); die Duitse BDSG (a 41 42); die Oostenrykse ontwerp (a 27 28); die Franse ontwerp (a 32–35).

[93]Sien in die algemeen Seidel 172 ev; Schöning 81 219 ev en my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* 115.

reeds gedoen is). Die algemene kenmerke van die databeskermingsreëling wat hierbo aan die hand gedoen is, behoort vanselfsprekend in sodanige wetgewing weerspieël te word. Gesien die aantal kredietburo's wat reeds in Suid-Afrika werksaam is, is 'n bespoediging van wetgewing dwingend noodsaaklik. □

Dit is vir die redaksie van die *Tydskrif* besonder aangenaam om professor Daan Pont geluk te wens met sy 85ste verjaardag wat hy op 29 Maart 1980 gevier het. Professor Pont het as eerste "sekretaris van die redaksie" (lees: "redakteur") van die *Tydskrif* die leeue-aandeel in die stryd rondom die totstandkoming van die *Tydskrif* gehad. Ons wens hom 'n geseënde, vrugbare jaar toe. (Die redaksie hoop om in die volgende nommer van die *Tydskrif* 'n bydrae van professor Pont te plaas.)

The content of the audi alteram partem rule in South African administrative law

Hugh Corder
BCom LLB LLB
Advocate of the Supreme Court of South Africa

OPSOMMING

In hierdie artikel word die trefwydte van die audi alteram partem-reël met betrekking tot administratiewe prosesse ondersoek. Eerstens word die reël met die begrip natuurlike geregtigheid in verband gebring, en daarna word die administratiefregtelike betekenis daarvan bepaal.

Daar word agtereenvolgens na die volgende aangeleenthede in die lig van die audi alteram partem-vereiste gekyk:

1 kennisgewing van 'n beoogde administratiewe proses aan die persoon wat daardeur getref mag word;

2 die reg van so 'n persoon om by die proses aangehoor te word; en

3 die vorm van die administratiewe verhoor, veral met verwysing na:

3 1 die teenwoordigheid van die partye;

3 2 die blootlegging van skriftelike stukke;

3 3 die toelaatbaarheid van getuienis, kruisverhoor en mondelinge betoë;

3 4 regsverteenwoordiging van die partye; en

3 5 die aangifte van die redes vir 'n beslissing.

Sekere besondere gevalle wat dikwels in die praktyk voorkom, word vervolgens ondersoek. Hulle is: beslaglegging op goed as deel van die straf vir 'n misdaad; die toepaslikheid van die audi alteram partem-reël waar 'n persoon vooraf deur ooreenkoms (byvoorbeeld deur lid van 'n vereniging te word) tot 'n bepaalde administratiewe prosedure toegestem het; en die verklaring van 'n persoon tot verbode immigrant.

Daarna volg 'n kort regsvergelykende afdeling waarin die aandag gevestig word op sekere maatreëls wat in ander lande ter beskerming van die enkeling teen arbitrêre administratiewe prosedures dien.

Die skrywer sluit af met die voorstel dat daar by wyse van wetgewing voorsiening gemaak moet word vir 'n minimum standaard van geregtigheid waaraan administratiewe liggame in hul prosesse moet voldoen. Hy doen aan die hand dat die volgende beginsels as die minimum inhoud van die audi alteram partem-reël in sodanige wetgewing vervat behoort te wees:

1 tydige kennisgewing van beoogde administratiewe optrede wat die regte van 'n bepaalde individu mag raak – insluitende besonderhede van die plek van verhoor en die aard van die nadelige bewerings wat teen die individu gemaak word;

2 'n mondelinge verhoor waar die individu die geleentheid kry om weerleggende getuienis aan te voer en waar hy deur 'n raadsman verteenwoordig mag word; en

3 die verskaffing van redes vir die beslissing, welke redes aan al die betrokke partye verskaf moet word.

Van hierdie beginsels behoort daar slegs in 'n noodgeval of ter wille van die oorwegende openbare belang afgewyk te word.

INTRODUCTION

The phrase "audi alteram partem" is probably one of the best-known and most widely applied legal tenets, deeply rooted in our legal history, and an expression of most human beings' innate sense of fair play. In judicial proceedings in the vast majority of states throughout the world the notion "hear the other side" is rigorously obeyed, along with the practices such as legal representation, the right to argument and cross-examination, and the leading of evidence, which have grown up with the increased sophistication of the structure and function of the courts. What is meant by the phrase as far as judicial proceedings are concerned has been established with a fair degree of certainty.

Unfortunately this cannot, however, be said to be true in the field of administrative law. The massive growth of governmental machinery and its concomitant far-reaching power to make decisions affecting the rights and privileges of citizens without prior consultation, have led to demands for greater control of, and procedural fair-play in, this exercise of power. One of the strongest calls has been for the application of the maxim "audi alteram partem" to administrative proceedings, which is borne out by the number of rulings that have been challenged in our courts purely on the ground that the maxim was not adhered to. The judges have acquiesced in this development, but at the same time have recognised that the full meaning given to the principle in judicial proceedings is not always possible, or even advisable, to impose upon the administrative process. Thus the content of "audi alteram partem" in the field of administrative law has over the past century become vague and uncertain, with the result that the courts have become reluctant to insist on its application, and consequently the rights of individual subjects have been considerably weakened.

What follows is an attempt to produce some sense of order in this area of law; an attempt to determine what is meant by "hear the other side" in this context. To achieve this aim I have tried to avoid the treacherous dispute about the circumstances in which the maxim should be followed by an administrative agency, but have found this difficult, if not impossible, due to the fact that the content of the rule more often than not depends directly upon its scope of application.

My modus operandi, as will be seen, has been to investigate writings and case reports on this subject in South African law, and to attempt to formulate an escape from the present difficulties in which our law finds itself in the light of developments in those systems of law from which we often take guidance.

"NATURAL JUSTICE"

The concept of natural justice is often cited by the judiciary, and has been variously defined as:

> ". . . the stereotyped expression which is used to describe those fundamental principles of fairness which underlie every civilised system of law;"[1]

---

[1] *Minister of the Interior v Bechler* 1948 3 SA 409 (A) 451 per Tindall ACJ.

and

> ". . . the principles of fair play so deeply rooted in the minds of Englishmen that a provision for an inquiry necessarily imports that the accused should be given his chance of defence and explanation."[2]

These attempts at giving substance to natural justice are obviously vague, and they caused lord Shaw of Dunfermline to remark rather acidly in 1915:

> "In so far as the term 'natural justice' means that a result or process should be just, it is a harmless though it may be a high-sounding expression; in so far as it attempts to reflect the old 'jus naturale' it is a confused and unwarranted transfer into the ethical sphere of a term employed for other distinctions; and, in so far as it is resorted to for other purposes, it is vacuous."[3]

Judicial utterances on the matter in the Anglo-American sphere have, however, narrowed the principles of natural justice down to two Roman maxims, viz 'nemo judex in causa sua' and 'audi alteram partem.'[4] (In civil systems of law the concept of natural justice has tended to retain a wider meaning of fundamental human rights, based on the ius gentium and ius naturale.[5]) The courts have, as a rule, applied the two maxims strictly to their own proceedings, and, with the growth of statutes which imposed upon the state's administrative machinery the duty of deciding matters affecting rights and imposing obligations, they have, since the turn of the century, insisted upon their application in the course of such decision-making as well. The prime movers in this regard were the English courts,[6] and the South African courts faithfully followed suit[7] up to a certain stage.

The rule "audi alteram partem" has, in turn, been split into two requirements, namely that a person who is to be acted against should have notice of the intended action and an opportunity for a hearing in which he can put his case.[8] A South African court has on occasion put it in this way:

> "As I appreciate the principles embodied in the maxim 'audi alteram partem' they are that a statute giving power to a person or body to give a decision implies that, before the exercise of the power, the person sought to be prejudicially affected shall have an opportunity of defending himself . . ."[9]

---

[2]*Maclean v The Workers' Union* (1929) 1 ChD 602 625 per Maugham J.

[3]*Local Government Board v Arlidge* 1915 AC 120 138.

[4]Literally, "no-one a judge in his own case," and "hear the other side."

[5]See Brown and Garner *French Administrative Law* 2 ed (1973) 124 f.

[6]*Capel v Child* 2 C & J 558; *Board of Education v Rice* 1911 AC 179 and *Spackman v Plumstead District Board of Works* 10 AC 229.

[7]One of the earliest cases to deal with this subject is *Dabner v SAR and H* 1920 AD 583 where Innes CJ said (598):

> "Certain elementary principles they must observe; they must hear the parties concerned; the parties must have due and proper opportunity of producing their evidence and stating their contentions, and the statutory duties imposed must be honestly and impartially discharged. These elementary principles must be regarded as embodied in the Act . . ."

[8]Wiechers *Administratiefreg* 219 suggests that the content of the rules of natural justice are included in the "audi alteram partem" rule, and, on 222, he discusses the rule against prejudice as part of "audi alteram partem." This is not usually done, and I have limited what follows to the requirements of notice and a hearing.

[9]*Salikhan v Minister of Health* 1958 1 SA 784 (D) 799A per Henochsberg J.

The view that a person against whom an adverse decision might be made should get the opportunity of knowing what there is against him and of meeting it, has often found expression in our courts.[10] It has also been emphasized that the rule is there to protect the individual, rather than the public or a whole community.[11]

As far as the application of the maxim in the administrative law field is concerned, however, there is one paramount factor which should be borne in mind throughout the following discussion, and that is that:

> ". . . the test of fundamental fairness must be applied with due regard to the nature of the tribunal or adjudicating body and the agreement, if any, which may exist between the persons affected."[12]

In other words, it is well-nigh impossible to lay down any rigid rules as regards the content of audi alteram partem, as practical circumstances vary so much from case to case. What I shall do is to indicate what could be understood under the maxim, the regularity with which this has been demanded by the courts, and the minimum standard which should be reached in order to say that the rule has been complied with. However, the retention of a flexible approach is of cardinal importance, as there has been occasion where too broad an interpretation of the meaning of the maxim, with its attendant difficulties in implementation, has led to its non-application.[13] The words of Baker AJ are apposite here:

> "Dit is, algemeen gesproke, stellig reg om te sê dat die vereistes van natuurlike geregtigheid van die omstandighede van die saak, die aard van die ondersoek, die reëls waarvolgens die regsinstansie handel, die onderwerp waarmee gehandel word, ens afhang . . ."[14]

NOTICE OF INTENDED ACTION

The first leg of the meaning most commonly given to the principle "audi alteram partem" is that the party who is to be affected by the ruling of the administrative agency concerned must be notified of the intended action, in order that proper effect may be given to the second leg, viz the opportunity to be heard.[15] This requirement of notice was stipulated by the Earl of Selborne LC in one of the earliest cases on the matter,[16] and it has been consistently demanded in England,[17] and in South Africa,[18] as is evident from the words of Ludorf J:

---

[10]See, eg, *Sullivan v Wheat Industry Control Board* 1946 TPD 194 203 per Blackwell J; *Marlin v Durban Turf Club* 1942 AD 112 125 per Tindall JA and *Bell v Van Rensburg* 1971 3 SA 693 (C) 726E per Baker AJ.

[11]*S v Moroka* 1969 2 SA 394 (A) 398D per Holmes JA.

[12]*Marlin v Durban Turf Club* supra 127.

[13]*Publications Control Board v CNA* 1970 3 SA 479 (A) 491A per Rumpff JA.

[14]*Bell v Van Rensburg* supra 727A.

[15]Rose Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* 158.

[16]*Spackman v Plumstead District Board of Works* supra 240, in the year 1885.

[17]See eg, *Maclean v The Workers' Union* supra 621, quoting *Leeson v General Council of Medical Education and Registration* 43 ChD 366, per Bowen LJ and De Smith *Judicial Review of Administrative Action* 3 ed 172.

[18]See, ia, *Marlin v Durban Turf Club* supra 125; *Nanabhay v Potchefstroom Municipality* 1926 TPD 483 492; *Bell v Van Rensburg* supra 726H; and Steyn *Die Uitleg van Wette* 4 ed 260.

> ". . . it was incumbent upon the applicant to notify the respondent of its intention to consider whether to order demolition . . ."[19]

This duty to give notice is present even if there are no statutory provisions to the point,[20] and, to be effective, notice must be adequate to allow time for preparation of the party's case.[21]

The notice of action must contain sufficient particulars of the allegations being levelled against the affected party,[22] as well as the time and place of any hearing which is envisaged.[23] The allegations do not have to be so precise as to constitute the framing of an actual charge,[24] but the substance of the complaints,[25] and the circumstances on which they are founded,[26] should be disclosed. In other words, the party who is likely to be affected should be told at least as much of the facts against him as is necessary to enable him to prepare an answering brief,[27] and in special circumstances, further details should be provided.[28] This duty to disclose continues throughout the hearing stage, and its scope can be expanded.[29]

A point which has come up for decision on more than one occasion is whether lack of notice can be cured by the subsequent giving of an opportunity to make representations, that is, before the order becomes effective. Decisions of the courts have gone both ways,[30] and it is submitted that the better view is that, in general, lack of notice should be fatal to the order, even if it is not of immediate effect. There is no doubt that the order would be invalid if it was of immediate effect.[31]

Parliament, being sovereign, can, through legislation, effectively negate the right to receive notice, and it has not failed to do so.[32] In addition,

---

[19] *Pretoria City Council v Osman Omar (Pty) Ltd* 1959 4 SA 439 (T) 442. In this regard, see also *Springs Town Council v Mahlangu* 1961 1 SA 80 (W) and the subsequent criticism thereof by Van Blommestein in 1962 *SALJ* 7.

[20] *Innes v Van Eeden* 1925 CPD 368 369 per Gardiner AJP where notice was ordered even though its serving would have been useless through intoxication of the recipient.

[21] Rose Innes 158.

[22] *Ross v Government Mining Engineer* 1920 TPD 1 5 per Mason J, which has been followed in *Schoonwinkel v Fouche* 1954 4 SA 92 (O) 101 per Horwitz J.

[23] *Bredell v Pienaar* 1922 CPD 578 585 per Watermeyer J, applied in *De Vos v Die Ringkommissie van die Ring van die NGK, Bloemfontein* 1952 2 SA 83 (O) 101A per Brink J.

[24] *De Villiers v Administrator, OFS* 1954 3 SA 395 (0) 411–413.

[25] *Minister of the Interior v Bechler* supra and Steyn 263.

[26] *Schoonwinkel v Fouche* supra.

[27] ibid 102D–E.

[28] E g, in the case of infamous conduct in some professional respect details of the alleged conduct itself should be given: see Rose Innes 159; *Maclean v The Workers' Union* supra 622 and the recent case of *Ford v Law Society of Rhodesia* 1977 4 SA 175 (RA). Compare the subsequent conclusions in *Meyer v Law Society, Transvaal* 1978 2 SA 209 (T).

[29] infra.

[30] *Hooper v Superintendent, Johannesburg Gaol (2)* 1958 2 SA 157 (W) (the deportation of an alien), and *S v Shangase* 1963 1 SA 132 (A) have held that subsequent opportunity for representation bring the action within the bounds of "audi alteram partem," whereas *Tole v Queenstown Municipality* 1968 1 SA 486 (E) found the opposite.

[31] *S v Shangase* 1962 1 SA 543 (N) 550D per James J: ". . . the very issue of the order automatically denies the person affected the right of making representations . . ."

[32] See, e g, s 2(2), s 5, and s 6 of the Internal Security Act 44 of 1950 and s 2 of the Affected

the right to receive notice may be waived by the affected party, either expressly, or tacitly by conduct, such as non-notification of change of address.[33] Such waiver discharges the duty to give notice. There are further exceptional circumstances, which do not require the giving of notice, such as an emergency situation,[34] or possibly a case where disclosure of the source of the allegations would be in conflict with public policy, or detrimental to the public interest,[35] presumably in the opinion of the agency itself. However,

> "[i]n such cases the proper way of putting it would be that, in very exceptional circumstances, the requirements of natural justice might be departed from, not that a weaker brand of fairness would still be legitimately describable as natural justice."[36]

THE NEED FOR A HEARING

The second vital component of the maxim "audi alteram partem" is that the administrative agency which is going to make a decision prejudicially affecting the rights of a particular party should afford such person an opportunity to present an opposing case if it so desires. This has long been a requirement demanded of the administration by the courts in England,[37] and the South African courts were not slow in following this lead.[38] It is perhaps best illustrated by the quotation of some judicial pronouncements on the matter, one from England:

> "In such cases, . . . the Board . . . will have to ascertain the law and also to ascertain the facts. I need not add that in doing either they must act in good faith and fairly listen to both sides, for that is a duty lying upon everyone who decides anything . . ."[39]

and the other from South Africa:

> "Where a man is applying for some privilege or benefit which, on proof of certain facts, he is entitled to have granted to him, and a public body, or an administrative official, has to act in a quasi-judicial capacity for the purpose of deciding whether or not he has made out his case, it is the duty of such body or official, to give the applicant a fair opportunity of presenting his case."[40]

This requirement is applicable to general administrative actions,[41] and even to a purely administrative action,[42] although this is probably doubtful today because of the courts' insistence upon classification of actions as judicial, quasi-judicial, or administrative, and their failure to look further to see if

---

Organisations Act 31 of 1974.

[33]Rose Innes 159 and De Smith 173.

[34]*De Verteuil v Knaggs* 1918 AC 557.

[35]*Minister of the Interior v Bechler* supra 452.

[36]ibid.

[37]De Smith 175; *Leeson v General Council of Medical Education and Registration* supra adopted in *Maclean v The Workers' Union* supra 621–622; see also the previously cited cases of *Capel v Child* and *Board of Education v Rice.*

[38]Rose Innes 160; Steyn 258 and Wiechers 219. See also *Dabner v SAR and H* supra 598 and *Sullivan v Wheat Industry Control Board* supra 203–207, where Blackwell J outlines some of the "vast" authority for this requirement.

[39]*Board of Education v Rice* supra 182 per lord Loreburn.

[40]*Kadalie v Hemsworth* 1928 TPD 495 507 per Feetham J.

[41]Wiechers 219; *R v Hodos and Jaghbay* 1927 TPD 101; *Hoosian v Pietermaritzburg Corporation* 1915 NPD 433 438 per Dove Wilson JP.

[42]*De Verteuil v Knaggs* supra.

the party against whom action is taken has in the final analysis been dealt with fairly or not.[43]

As was the case with notice, the right to a hearing can be excluded by statute,[44] but this exclusion should be stated either expressly or clearly implied in the legislation.[45] As was said as long ago as 1908:

> "[It is a] principle of our common law that no man should be condemned unheard, and it would, to our mind, require very clear words in the Statute to deprive a man of that right."[46]

Once again the question arises here as to whether a hearing subsequent to the taking of the decision will be sufficient to meet the demands of audi alteram partem. Here judicial authority would seem to indicate that a hearing "soon after"[47] the taking of the decision will comply with the maxim,[48] but again I would submit that this practice should be confined as much as possible to those areas to which it seems suited,[49] as it surely is far more difficult to change an official's already made-up mind than to sway him while in the process of making his decision.

THE FORM OF THE HEARING

Once it has been established that a hearing is to take place, the next problem to be overcome is to determine what form such a hearing should take, as most administrative bodies in South Africa are at liberty to perform their allotted tasks in the way they choose.[50] Indeed, the courts have hesitated to demand proceedings like those in a court of law,[51] holding that

> ". . . in the absence of any indication in the statute to the contrary, it would be presumptuous for the judiciary to impose its own methods on administrative or executive officers."[52]

On the other hand, judges have stood firm in their resolve that whatever form of hearing is adopted, "the substantial requirements of justice shall not be violated."[53] The test commonly applied in South Africa has been: did the person affected by the decision of the agency have a "fair and full hearing," or were the fundamental principles of justice violated?[54] In more precise terms: there must be due inquiry; the "accused" must have notice

---

[43] *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A), judgment of Botha JA.

[44] For examples, see n 32, as absence of notice connotes absence of hearing.

[45] *R v Ngwevela* 1954 1 SA 123 (A) and *Minister van Naturellesake v Monnakgotla* 1959 3 SA 517 (A).

[46] *Chief Constable, Pietermaritzburg v Ishim* 1908 NPD 338 341 per Bale CJ.

[47] *Pretoria City Council v Osman Omar (Pty) Ltd* supra 442C per Ludorf J.

[48] *Cape Town Municipality v Abdulla* 1974 4 SA 429 (C) 439 per Baker J.

[49] In cases such as *Kloppenburg v Minister of Justice* 1964 1 SA 813 (D), where in the case of the Internal Security Act 44 of 1950, a hearing could not, in the spirit of the legislation, be demanded prior to the issue of notices.

[50] Rose Innes 160.

[51] *Local Government Board v Arlidge* supra and *Fernandez v SAR and H* 1926 AD 60 69 per Solomon JA.

[52] *Jeewa v Dönges* 1950 3 SA 414 (A) 422H per Centlivres ACJ.

[53] *Spackman v Plumstead District Board of Works* supra 240 per Earl of Selborne LC.

[54] *Barlin v Licensing Court for the Cape* 1924 AD 479 and *Fernandez v SAR and H* supra.

and an opportunity of being heard; and the decision must be honestly arrived at. Furthermore it is certain that a domestic tribunal is bound to act strictly according to its rules.[55] The absence of a member of a deciding body for much, or all, of the hearing would constitute an irregularity sufficient to invalidate that body's decision, if the member participated in making it.[56]

I shall now proceed to consider the possible types of hearing which an administrative body could hold, and to determine which of them are imperative as far as audi alteram partem is concerned. Naturally enough, much will depend upon the circumstances of each case.

AN ORAL HEARING AND THE PRESENCE OF THE PARTIES

It seems to be generally agreed that, in the absence of a specific statutory statement to that effect, an oral hearing is not required in terms of the common law interpretation of natural justice.[57] This has been the view in Britain for over 60 years[58] (although signs of change are appearing)[59] and it is still very much the attitude adopted in South Africa.[60] A typical expression of this attitude is the following dictum of Steyn CJ:

> "Die ooreenstemmende reg van die betrokke persoon sluit egter nie in so 'n geval sonder meer die reg in om voor die gemagtigde 'n mondelinge betoog te voer (nie) . . ."[61]

This is particularly the case where written representations are either more suitable, or are required by statute, or are equally as effective as a personal interview.[62] If the hearing is in the form of affidavits lodged with the adjudicatory body, then each side must be allowed to meet accusations against it by contrary affidavit.[63] Where the governing statute lays down no clear procedure, and the agency has decided to admit only written representations, it should so inform an applicant who requests a personal audience. On the other hand it would be quite wrong to give a decision against a person unheard, where the procedure in fact allows a personal appearance.[64]

Where the statute or adopted procedure does grant the right to an oral hearing, this should include all its accompanying practices.[65] One of these practices is that the presence of all parties to the hearing is required throughout the proceedings leading up to the taking of the decision – the presence of

---

[55] *Maclean v The Workers' Union* supra 622–623.

[56] Steyn 259; *Lutetia Court, Ltd v Rent Control Board* 1944 CPD 423 438; *Osojnak v SAR & H* 1955 4 SA 429 (C) 435–436.

[57] See Rose Innes 160; Wiechers 220; Steyn 258 and De Smith 177.

[58] *Local Government Board v Arlidge* supra 134 per Viscount Haldane LC.

[59] De Smith 177.

[60] *Fernandez v SAR and H* supra; *Porter v UG* 1919 TPD 234 242 per Wessels J; and *R v Ngwevela* supra 128E per Centlivres J.

[61] *Cassem v Oos-Kaapse Komitee van die Groepsgebiederaad* 1959 3 SA 651 (A) 660E.

[62] Wiechers ibid; Rose Innes ibid; Housing Act 4 of 1966 and *Winter v Administrator in Executive Committee* 1973 1 SA 873 (A) 889D per Ogilvie-Thompson CJ.

[63] Rose Innes 160–161.

[64] *Kadalie v East London Town Council* 1933 EDL 180 183 per Gutsche J.

[65] infra and *Cassere v Magistrate of Johannesburg and Cassere* 1929 TPD 624; De Smith 186.

one party in the absence of another would be an irregularity.[66] This has particularly been the situation in valuation court proceedings,[67] where the valuator is regarded as a party to the dispute,[68] and it is thus irregular if he partakes in the process of deciding, or advises the administrative agency in the absence of the objector.[69]

DISCLOSURE AND DISCOVERY

One of the fundamental components of a fair hearing, and an aspect upon which there is scant disagreement among authority, judicial or academic, is that the party against whom action might be taken should be fully informed of the "case" against it. As has been seen,[70] this duty of disclosure arises early in the process of the administrative operation, and it continues right up to the stage of any possible appeal or review.[71] Indeed, the omission by an administrative authority to disclose prejudicial facts lying against a party who is being heard, strikes at the heart of the hearing itself, as a party who does not know of what he is being accused, cannot possibly present rebutting evidence.

Another compounding reality is that such an adjudicatory body has means at its disposal to gain private information,[72] as well as, with experience, to build up a considerable body of expertise or knowledge of local conditions, both of which factors are not inherently unjust; indeed, they more often than not contribute to the fairness of a decision, but they can, on the other hand, be used for more nefarious purposes.

That writers and the courts have trenchantly insisted upon disclosure as being a right of the parties to a hearing is borne out in a long succession of writings[73] and cases[74] on the point. It would seem appropriate here to quote two judicial pronouncements which express precisely the requirement and the reasoning behind it. The best known is probably that of Feetham JA in *Loxton v Kenhardt Liquor Licensing Board*:[75]

> "Not only did the Board base its conclusion on the unverified personal impressions

---

[66]Rose Innes 161 and *Jockey Club of South Africa v Feldman* 1942 AD 340.
[67]*Wright v Kroonstad Municipality* 1916 OPD 257 260 per Ward J.
[68]*Jones v Potchefstroom Municipality* 1913 TPD 789.
[69]*Katz v Peri-Urban Areas Health Board* 1950 1 SA 306 (W).
[70]supra "Notice of Intended Action."
[71]Rose Innes 162; *Licensing Officer of Utrecht v Utrecht Collieries Ltd* 1911 AD 497 and *Pietermaritzburg City Council v Local Road Transportation Board* 1959 2 SA 758 (N) 770 per Fannin J.
[72]*Board of Education v Rice* supra 38D–E: "They can obtain information in any way they think best . . ." (per lord Loreburn).
[73]Steyn 260–263; Wiechers 221; Rose Innes 162 and De Smith 178 et seq.
[74]*Chaitowitz v Johannesburg Rent Board* 1943 TPD 333; *Sullivan v Wheat Industry Control Board* supra 203–207 per Blackwell J; *Jockey Club of SA v Feldman* supra 349 per Tindall JA; *Evans v Public Service Commission and Minister of Justice* 1920 TPD 170 175–177 per Bristowe J; *Lipron v SA Medical and Dental Council* 1948 4 SA 655 (T) 656 per Blackwell J; *Ramjee v Eastern Cape Committee, Group Areas Board* 1958 2 SA 67 (C) 75E–G per De Villiers JP and *Fixed Properties SA Ltd v Savage* 1960 2 SA 747 (D) 752E per Henning AJ.
[75]supra.

of its members, but it failed to disclose these impressions to the appellant, so as to intimate to him the need to bring further evidence for the purpose of combating or correcting them; such a manner of proceeding was in my opinion arbitrary and grossly unreasonable, for by so acting the Board in effect denied the appellant a fair hearing on a most material point."[76]

The judge goes on to enunciate what he believes to be the general rule derived from a series of cases in our courts, viz that there shall be notification of all prejudicial knowledge or facts obtained from private or independent sources.[77]

Again, in *Scheibe v Rustenburg Liquor Licensing Board*,[78] Murray J said:

"The evil which requires correction lies not so much in the receipt from outside sources by the members of the Board of information prejudicial to the applicant but in the action (if any) of the Board in deciding upon the application without having communicated the fact and effect of this information to the applicant . . ."[79]

The necessity for disclosure was aptly outlined in *Kadalie v Hemsworth*[80] as follows:

"A man cannot meet charges of which he has no knowledge; a man who has to give evidence that he is of a respectable and deserving character is merely beating the air if the tribunal before which he goes declines to give him any information of the points against him which have to be met . . ."[81]

Rose Innes[82] gives several examples of tribunals which have had their decisions set aside on a number of occasions through non-disclosure of material facts.[83]

It might be thought that such disclosure might make it too easy for a "guilty" party to wriggle out of a tight situation, by having full details of the opposing "case" laid before him on a plate, but this is not the position, as it is also widely accepted that the actual evidence need not be exposed.[84] Rather, the substance of the prejudicial allegations should be made known to the affected party.[85] As it was expressed by Steyn CJ in *Down v Malan*:[86]

"Soos reeds opgemerk was die appellant nie geregtig op meer dan die wesenlike strekking van die gegewens wat hy wou weerlê nie."[87]

The next question is whether the party may obtain full discovery of documentary evidence against him from the administrative body. As far

---

[76]313.
[77]315.
[78]1948 3 SA 154 (T).
[79]162.
[80]supra.
[81]506 per Feetham J.
[82]164–165.
[83]Liquor licensing boards provide the most common examples; our administrative law would be far less substantial without alcohol, rent-controlled premises, and jockies!
[84]*Road Services Board v John Bishop (Africa) Ltd* 1956 2 SA 504 (FSC) where Tredgold CJ said (513A): "But this does not mean it must disclose every jot and tittle of such information or the sources from which it is obtained."
[85]*Minister of the Interior v Bechler* supra 451 and Wiechers 221.
[86]1960 2 SA 734 (A).
[87]745A.

as can be seen, this area of the law is unsettled,[88] with the courts seeming to be leaning over to non-disclosure, because

> ". . . to accept total discovery in all cases would be to force essentially judicial requirements of discovery into the unilateral proceedings before an officer who is both investigator and arbiter, proceedings which Parliament intended to be unhampered by procedural formalities . . ."[89]

However, the court in *Huyser v Louw*,[90] although holding that there was no general right to claim disclosure and inspection of relevant documents, did not rule out the possibility of circumstances in which a person may be entitled to discovery.[91] The South West African court has, in fact, declared proceedings to be irregular where a copy of an expert's report was not lodged with one of the parties to a mining claims dispute.[92] In cases dealing with so-called security legislation on the other hand, the courts seem reluctant to order discovery, no matter how dire the consequences for the party against whom action is taken may be.[93] Thus it would seem that no hard and fast rule can be formulated here.

If an administrative agency undertakes an inspection of disputed premises or some such location, it should either do so in the presence of both parties, or, if not, it should disclose to the party who was not present, any additional information or insight which it has gained in the question, and allow the party an opportunity to gainsay any detrimental facts in this extra information.[94]

The right to demand disclosure is not absolute. There are various restrictions which the courts have recognised in this regard. The main one is that an administrative authority is not bound to disclose possibly prejudicial allegations or facts which are in its mind if those facts should have been obvious to the prejudiced party.[95] In the words of Steyn CJ in *Down v Malan*:

> "Hy kan naamlik nie sy reg geldig maak nie waar dit gaan oor feite of inligting waaromtrent hy besef het of moes besef het dat hul die gemagtigde se oordeel tot sy nadeel kan beïnvloed . . . Indien die reghebbende redelikerwyse kan verwag dat die gemagtigde uit 'n ander bron dan voorgelegde getuienis en betoë bewus sal wees van feite of inligting wat teen hom in aanmerking kan kom, en nogtans versuim om met daardie feite of inligting te handel, dan sou enige nadeel wat hy mag ly toegeskryf moet word aan sy eie ontoereikende waaksaamheid."[96]

---

[88]Rose Innes 167.

[89]*Huyser v Louw* 1955 2 SA 321 (T) 324B–C per Steyn J.

[90]supra, Steyn, Murray and Rumpff JJ.

[91]324H–325A.

[92]See *Administrator, SWA v Jooste Lithium Myne (Edms) Bpk* 1955 1 SA 557 (A) 567E–G per Hoexter JA (the appeal from the SWA court which upheld the court a quo's ruling).

[93]*Real Printing and Publishing Co (Pty) Ltd v Minister of Justice* 1965 2 SA 782 (C) and *Minister van Justisie v Alexander* 1975 4 SA 530 (A) in which the appeal court reversed the ruling of the Cape division, which had ordered the minister to disclose documents, in a majority decision.

[94]*R v Paddington and St Marylebone Rent Tribunal, Ex parte Bell London and Provincial Properties Ltd* 1949 1 KB 666 683 per lord Goddard CJ and *Theldor Investments (Pty) Ltd v Rent Control Board* 1950 2 SA 435 (T).

[95]Wiechers 221; Rose Innes 166; Steyn 263.

[96]supra 742E–H.

Although the above statement has been criticised on the ground that it is dangerous to allow a quasi-judicial body to judge the thought processes of an individual,[97] the weight of authority, both prior and subsequent thereto, would seem to support it.[98]

Secondly, the right to disclosure would appear to be restricted when it would be detrimental to public policy.[99] Nevertheless, there should be "enough evidence on the papers to show that this is so,"[100] and, in cases under the Internal Security Act, the minister should give reasons for his refusal, since otherwise the affected person would not know whether he is obliged to accept the refusal.[101]

Finally, the duty to disclose applies only to extrinsic points of evidence, and not to matters of opinion or subjective reasoning or judgment of the administrative agency.[102] As Rose Innes puts it:

> "While a quasi-judicial body should disclose any information not known to a party which it may take into account in arriving at its decision, it is not obliged to disclose the processes of its own mind, or the effect upon its mind of such information, or the way its opinion is inclined at any stage."[103]

Similarly, the "public interest" is necessarily a factor to be taken into account in every administrative proceeding, and this need not be made known to the parties.[104] However, although an administrative authority need not disclose the basis of its reasoning, it ought to listen to argument from the parties on the question what the proper basis should be.[105]

In the end, then, it can be seen that, as far as administrative agencies are concerned, there are grey areas of escape from this duty to disclose. An additional complicating factor (in regard to disclosure) is the fact that South African administrative authorities are not bound by the common law to give reasons for their decisions;[106] a situation which renders the right of disclosure almost nugatory, as there is little cause to insist upon knowing the facts against one, when there is no means of determining whether action has actually been taken on the basis of those facts. It is to be hoped that these anomalies will be clarified soon, as continued uncertainty can only lead to further diminution of the rights of the individual, when threatened by administrative action.

---

[97]Wiechers 1960 *THRHR* 288.

[98]See *Calvinia Licensing Board v Estate Dansky* 1944 AD 37 51 per Tindall JA; *Pietermaritzburg City Council v Local Road Transportation Board* supra 770E per Fannin J and *SA Geneeskundige en Tandheelkundige Raad v Kruger* 1972 3 SA 318 (A).

[99]*Kloppenburg v Minister of Justice* 1964 1 SA 813 (D).

[100]*Michaelides v Commissioner of SA Police* 1969 1 SA 313 (W).

[101]*Kloppenburg v Minister of Justice* supra, decided in terms of the Suppression of Communism Act 44 of 1950.

[102]*Pretoria Rent Board (Southern) v Levitt* 1953 3 SA 36 (T) 41H per Blackwell J.

[103]165; see also *Durban Rent Board v Edgemont Investments Ltd* 1946 AD 962.

[104]Rose Innes 166.

[105]*Monto v Campbell* 1953 3 SA 77 (T) per De Wet J.

[106]infra.

THE PREPARATION AND LEADING OF EVIDENCE, CROSS-EXAMINATION AND ADDRESS

Presuming that there is a personal audience, what requirements and practices have the courts demanded administrative agencies to follow? Any discussion here must be prefaced with the reminder from Maugham J in 1929 that it is

> "[u]seful to bear in mind the differences between the principles applicable to courts of justice and those applicable to domestic tribunals."[107]

He then went on to state that the latter had no power to administer the oath; no party had the power to compel witnesses; tribunals were not bound by rules of evidence; and there was no means of cross-examination to ascertain the truth of statements.[108] Matters seem to have altered in England since then.[109]

In South Africa it would seem that any denial of the right to an opportunity for preparation of a party's case would amount to a denial of the right to a hearing and would constitute an irregularity by virtue of which the decision of the agency could be set aside.[110] The duty of a tribunal is to see to it that sufficient details are put before it to enable it to determine whether the "accused" would be prejudiced if he is not allowed time to prepare his defence.[111]

As regards the leading of evidence and the calling of witnesses, South African authority would appear to be in favour of these practices being allowed where an oral hearing has been permitted.

Although it has been said that a "hearing" does not necessarily imply that witnesses may be called[112] (a view which has been confirmed since it was first enunciated)[113] Rose Innes is of the opinion that, in a case where a party has a right to a personal audience, he should be given the opportunity to call evidence in support of his case or to refute the case against him.[114] He cites in support of his standpoint the case of *District Commandant SA Police v Murray*,[115] where the denial of such an opportunity was described as a "gross irregularity and a violation of a fundamental principle of justice," even though the denial might have been due to a misunderstanding.

It is submitted that this attitude towards the question is a sound one, with the obvious limitation that needless complication, which could be caused by the over-zealous use of this right, be curbed by the administrative agency according to circumstances.

Coming to the matter of cross-examination, the general rule in South

---

[107] *Maclean v The Workers' Union* supra 620.
[108] ibid.
[109] De Smith 186–189.
[110] *Wessels v General Court Martial* 1954 1 SA 220 (E).
[111] Rose Innes 170.
[112] Rose Innes 160 and *R v Ngwevela* supra 128E.
[113] *Cassem v Oos-Kaapse Komitee van die Groepsgebiederaad* supra 660E per Steyn CJ.
[114] 169.
[115] 1924 AD 13.

Africa seems to be that a party is not entitled to cross-examination as of right in quasi-judicial proceedings.[116] However, Rose Innes again maintains that a person who has a right of personal audience should be allowed to test all evidence received by cross-examination.[117] Unfortunately (as, in the writer's view, his is the better view), the bulk of judicial authority would appear not to recognize the right of cross-examination as part of the maxim "audi alteram partem."[118]

Finally, concerning the giving of an opportunity to the affected party to address the tribunal after adducing his evidence, it would seem equitable that such an opportunity should be seen as a natural part of the hearing, after the analogy of judicial proceedings.[119] There seems to be no authority directly in point.

As regards the rules of evidence in general, it must be kept in mind that most tribunals are relatively free to proceed as they wish. The words of Innes CJ in *Barlin v Licensing Court for the Cape*[120] are instructive here:

> "Clearly, therefore, the strict rules of evidence were not intended to govern the proceedings of these courts. The enquiry must proceed on other lines; the question is not has a legal rule of evidence been broken, but has there been a fair hearing; has the enquiry been full and impartial or have the fundamental principles of justice been violated."[121]

LEGAL REPRESENTATION

Once again in this area the tone is set by the decision in *Maclean v The Workers' Union*[122] where it was said that "counsel have no right of audience."[123] In fact the South African courts had come to this conclusion nine years earlier[124] when the appellate division held that an internal regulation which denied a person appearing at a disciplinary hearing the right to be represented by a lawyer, was intra vires as far as audi alteram partem was concerned.

Since that time, the courts have been consistent in rejecting the right to legal representation before an administrative agency as part of the "audi alteram partem" maxim.[125] Typical of the attitude is the following statement:

> ". . . sufficient to say that a person who falls within the jurisdiction of such a tribunal has no right 'ex debito justitiae' to require that he shall be heard in person, 'a

---

[116]Rose Innes 169; Steyn 258 and *Cassem's* case supra.
[117]169.
[118]See *Johnson v Jockey Club of SA* 1910 THC 136 per Mason J, applied in *Fernandez v SAR and H* supra; *Bell v Van Rensburg* supra 726G per Baker AJ.
[119]as argued by Rose Innes 172.
[120]1924 AD 472.
[121]480.
[122]supra.
[123]621.
[124]in *Dabner v SAR and H* supra.
[125]*Mandblakayise Ngcobo v Chief Native Commissioner for Natal* 1936 NPD 94 per Feetham JP; *Bell v Van Rensburg* supra 727B per Baker AJ and *Williamson v Helleux* 1978 2 SA 348 (T).

fortiori' that . . . he shall be represented by counsel."[126]

This view has been adopted by writers on the subject,[127] who tend to base their views upon whether the agency involved has a judicial, quasi-judicial, or purely administrative function.[128] The argument runs that, unless a tribunal has a judicial function, legal representation should not be allowed, even at a personal audience, if the statute granting the tribunal its powers is silent on the point.[129]

It is submitted that too rigid an adherence to a classification of functions can be dangerous,[130] and that the approach of Wiechers[131] is to be preferred. He maintains that the nature of the enquiry and the instance in respect of which the administrative action has been taken ought to be the deciding factor. In other words, when it is being decided whether legal representation should be granted or not, the question should not be: does the law provide for such representation? but rather: has the subject, considering the nature and scope of the administrative enquiry and the possible consequences thereof for the subject's rights and privileges, really been given the opportunity to put his case?

The advantage of this approach, if equitably applied, is its flexibility, a cornerstone of administrative procedure. This is also more in line with trends in developed countries,[132] and its adoption in South Africa would undeniably lead to greater justice in the administrative sphere. It has been argued that recognition of the right to legal representation would lead to a clogging of administrative machinery. It is, however, submitted that the cost of legal representation and the rarity of occasions when such representation is really necessary, would militate against its excessive use.

THE GIVING OF REASONS FOR A DECISION

Finally, after the decision has been made by the administrative authority, the question remains whether it is bound to give its reasons for deciding in a particular way. Wiechers maintains that the giving of reasons is the third rule encompassed by the audi alteram partem principle,[133] but, by his own admission, it finds little application in practice, and it would seem as though the overwhelming weight of judicial authority is against the imposition of such a duty upon administrative authorities.[134]

Naturally, parliament has the power to absolve the administration from

---

[126] *Director of Education v Lekhethoa* 1949 1 SA 183 (T) 197 per Murray J.

[127] Rose Innes 171; Wiechers 220; Steyn 258.

[128] Rose Innes 171.

[129] ibid.

[130] See the minority judgments of Williamson JA and Trollip AJA in *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* supra.

[131] 220–221.

[132] De Smith 187; infra.

[133] 221.

[134] *Hopf v Pretoria City Council* 1947 2 SA 752 (T) 766 per Roper J; *Pretoria North Town Council v A1 Electric Ice-Cream Factory (Pty) Ltd* 1953 3 SA 1 (A) 13F per Schreiner JA and see also Steyn 267.

the responsibility of having to give reasons for its actions in particular cases, but even where the legislature has specifically provided that reasons must be given, the courts have tended to shy away from enforcing this requirement too vigorously, especially in cases under the so-called security legislation.[135] Although this may be understandable, it certainly has not helped the individuals whose rights have suffered as a result of ministerial action, and it is respectfully submitted that this limited means of control of executive action which is available to the judiciary should be more strictly enforced.

Although it would seem that the giving of reasons is a natural extension of, and no less objectionable than, the disclosure of any prejudicial allegations to the affected party to allow him to put his case, the courts have actually turned this argument around, holding that the absence of a need to give reasons involves a corresponding absence of a duty to disclose accusations.[136] This attitude has been heavily criticised,[137] and it has fortunately been overruled subsequently.[138] Nevertheless, the basic inconsistency in the relation between the disclosure of prejudicial allegations on the one hand, and the non-giving of reasons on the other, leads to a farcical and ephemeral protection of the rights of the individual, a situation which calls for rapid remedial action by the legislature.

The courts have, however, recognised that a failure to give reasons in a situation in which the giving of reasons would seem to be the natural thing to do, can lead to an inference of mala fides or arbitrariness on the part of the administrative authority.[139] The refusal to give reasons also often makes it practically impossible for the subject of the decision to take the case to higher authority, as it will be difficult for him to cite reasons for his appeal.[140]

As pointed out by Wiechers,[141] the lack of necessity to give reasons on the part of the administration can lead to needless secrecy and shady actions, and for the sake of public confidence and trust in the executive it is to be hoped that the giving of reasons will become a regular feature of future practice.

SPECIAL SITUATIONS

I propose now to deal with three particular problems which seem to come up often for decision in the courts, and which involve the right to be heard in specific instances.

The first such area of difficulty is that which arises when the state

---

[135]See *Sachs v Minister of Justice* 1934 AD 11 40 per Stratford ACJ; *Joyi v Minister of Bantu Administration and Development* 1961 1 SA 210 (C) 216B per Van Wyk J; and *Kloppenburg v Minister of Justice* supra.

[136]*Jooma v Lydenburg Rural Licensing Board* 1933 TPD 477 485 per Tindall J.

[137]See Steyn 266 and *Wilson v Pretoria Rural Licensing Board* 1949 4 SA 449 (T).

[138]*Pretoria North Town Council v A1 Electric Ice-Cream Factory (Pty) Ltd* supra 13F.

[139]Wiechers 222; *Livestock and Meat Industry Control Board v Robert S Williams (Pty) Ltd* 1963 4 SA 592 (T) 598C per Dowling AJP and *Winter v Administrator in Executive Committee* 1973 1 SA 873 (A) 888A per Ogilvie-Thompson CJ.

[140]Wiechers 222.

[141]ibid.

wishes to exercise its right to confiscate something as part of the punishment meted out in criminal cases. This is a valuable indicator as to how far the court is prepared to go in the application of the audi alteram partem principle, albeit in judicial proceedings. Cases dealing with this matter have turned full circle in the last twenty years, starting with *R v Samuel* in 1958[142] in which the court felt that notice should be given to a party when the state intends to order forfeiture.

Thereafter there appears to be some indecision on the question,[143] until the mid-sixties, when it was held that no notice or hearing was required.[144] This attitude seems once more to have altered to one of requiring observation of audi alteram partem,[145] particularly in cases where a third party is involved or where a party has a substantial interest in the case.[146]

Secondly, in the field of contract, the question arises whether it is possible to exclude the principles of natural justice by some voluntary agreement. The ubiquitous *Maclean v The Workers' Union*[147] case is once more in point here. In this case Maugham J says that the words of a contract are final: a person who joins an association governed by rules under which he may be expelled, has no legal right to redress if he is expelled according to the rules, however unfair and unjust the rules or the action of the expelling tribunal may be, provided that is acts in good faith.[148]

The South African judiciary, with one slight aberration,[149] has followed this lead,[150] maintaining that:

> "Normally the principles of natural justice, including the right to be heard, have no place in the realm of contract . . ."[151]

However, it does appear as if the court will intervene to protect a civil right of a party.[152]

Thirdly, there is the question whether a person who is declared a prohibited immigrant has the right to a hearing to present his side of the case. Initially, it would appear to have been the case that there was no such

---

[142]*R v Samuel* 1958 4 SA 314 (SWA).
[143]*R v Phala* 1960 1 SA 444 (N) and *R v Dedekind* 1960 4 SA 263 (T).
[144]*Van Dam and Co (Pty) Ltd v Dekenah* 1963 3 SA 821 (T) and *Letsoalo v Minister of Justice* 1965 1 SA 828 (W).
[145]*Adjunk-Minister van Landbou v Heatherdale Farms (Pty) Ltd* 1970 4 184 (T).
[146]*S v Frost*; *S v Noah* 1974 3 SA 466 (C) 473 per Steyn J.
[147]supra.
[148]623.
[149]An obiter dictum of Wessels JA in *Crisp v SA Council of Amalgamated Engineering Union* 1930 AD 225 228, where he held that no voluntary agreement could take away the right to apply to a court of law where a tribunal had not acted bona fide according to the rules and dictates of natural justice.
[150]*Marlin v Durban Turf Club* supra 128–129 per Tindall JA and *Gründling v Beyers* 1967 2 SA 131 (W).
[151]*Thandroyen v Sister Annuncia* 1959 4 SA 632 (N) 639F per Broome JP.
[152]*De Vos v Die Ringkommissie van die Ring van die NGK, Bloemfontein* supra 94E where Brink J says: "Maar selfs waar daar 'n skending van die reëls of statute van 'n vereniging is of waar die beginsels van geregtigheid veronagsaam is, sal die Hof nie ingryp nie tensy dit nodig is om 'n burgerlike reg of belang te beskerm."

right:[153] all that a person could hope for was a chance to make representations to the minister.[154] It was regarded as sufficient compliance with justice if this chance was given after the deportation order had been issued, but before it became effective.[155]

More recently, though, it would seem that the courts are requiring a greater opportunity for the affected party to put his case,[156] and of knowing the case against him.[157]

FOREIGN PRACTICE AND PROCEDURE

In order to gain some insight into modern trends in this field, so that our shortcomings and strengths may be more readily perceived, there follows a very brief outline of the situation in various countries, as far as application of the audi alteram partem maxim in administrative law is concerned.

In Britain, from which many of our rules and practices originate, there has recently been a marked development towards ensuring greater procedural rights before the rapidly increasing number of administrative authorities.[158] This progress has come about both through the insistence by the courts on fairness and equity,[159] and the efforts of the legislature,[160] but uncertainties and ambiguities still persist.[161] The state of the law in most countries of the Commonwealth closely parallels that in Britain, with a variety of local advances and peculiarities.[162]

The concept of natural justice in the United States of America has taken a different turn, finding its basis in the constitution, and the prior concept of "due process."[163] But the chief means of control of administrative action is to be found in the Administrative Procedure Act,[164] which details pre-

---

[153] *Taylor v Prime Minister and Minister of Internal Affairs* 1954 3 SA 956 (SR) 962A per Beadle J and *Kader v Minister of the Interior* 1954 2 SA 516 (C).

[154] *Jeewa v Dönges* 1950 3 SA 414 (A) 422H–423A per Centlivres ACJ and *Urban v Minister of the Interior* 1953 3 SA 544 (C) 551H per Hall J.

[155] *Hooper v Superintendent, Johannesburg Gaol* (2) supra.

[156] *Divisional Commissioner of Police v Lukhele* 1965 3 SA 182 (T).

[157] *Michaelides v Commissioner of SA Police* supra.

[158] See De Smith 171–189; Wade *Administrative Law* 4 ed 421–468 and Garner *Administrative Law* 5 ed 127–133.

[159] outstanding examples being *Ridge v Baldwin* 1964 AC 40; *R v Kent Police Authority ex p Godden* 1971 2 QB 662 and *R v Thames Magistrates' ex p Polemis* 1974 1 WLR 1371.

[160] notably the Tribunals and Inquiries Act 1971, arising initially from the recommendations of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries of 1957 (Cmnd 218), the Franks report.

[161] See, eg, *Pett v Greyhound Racing Association Ltd* (*No 1*) 1969 1 QB 125 and (*No 2*) 1970 1 QB 46; *Enderby Town FC v Football Association Ltd* 1971 Ch 591 and *R v Race Relations Board ex p Selvarajan* 1975 1 WLR 1686.

[162] A good overall reference work is Hewitt *Natural Justice* (1972). See also Wade ibid; Sevareid *An Introduction to Administrative Law in Kenya* 2 ed (1971) 48–59 and Basu *Comparative Administrative Law* (1969) 190–225, dealing with the situation in India, with its British colonial heritage and its United States-type constitution, an interesting combination.

[163] Schwartz *An Introduction to American Administrative Law* 2 ed (1962) 105.

[164] Public Law 404–79th Congress 1946. Details of the act were gleaned from appendix

cisely the procedure to be followed by administrative agencies when "rule-making"[165] or conducting a hearing.[166] The vagueness which in British and commonwealth law surrounds the rights of personal appearance, submission of evidence, cross-examination of witnesses and representation by counsel, does not exist in American law: all such rights being clearly accorded by this act.[167]

Finally, in this rapid resumé of foreign law, it must be noted that European countries, with their longer history of administrative law and court system, tend to regard audi alteram partem as one of "les principes generaux du droit," with the result that an administrative decision will be annulled when notice thereof and a hearing have not been given.[168] Of increasing importance in this area, though, both in Europe and Britain, is the European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms,[169] article 6(1) of which guarantees "the right to a fair hearing." This right is enforceable through the European court of human rights at Strasbourg, and the convention as a whole is referred to as a source of law by the European court of justice in Luxembourg,[170] as well as being of persuasive and growing influence in national courts.[171]

CONCLUSIONS

Having come to the end of this survey of judicial and other opinion on the content of the audi alteram partem rule of natural justice, the most obvious aspect is probably that it is well-nigh impossible to spell out unambiguously the meaning of the rule, except in those countries where the legislature has seen fit to specify procedures.

This flexibility is a good thing in that it allows the type of hearing to be adjusted to suit the circumstances surrounding the case.[172] But it can also lead to harmful consequences, in that a judge may be reluctant to order an administrative agency's compliance with the rule if he is not sure how far the process will be taken;[173] or, to be on the safe side, he may construe the content of the rule too narrowly, to the detriment of the individual. It is submitted that the benefit of the doubt should always be given to the individual in cases such as the latter, as he is usually powerless in the face of the administrative behemoth. The difficulties of the application of the maxim

---

A to the "Attorney-General's Manual" on the act, reprinted in 1973.

[165]s 4.

[166]s 5, 6, 7, 8 and 12.

[167]ibid.

[168] Brown and Garner *French Administrative Law* 2 ed (1973) 124.

[169]of 1950.

[170]*Nold (Firma J) v EC Commission* 1974 2 CMLR 338 354.

[171]See a line of cases in Britain concerning Asian immigration, such as *R v Home Secretary ex p Bhajan Singh* 1976 QB 198 and *R v Heathrow Airport Immigration Officer ex p Bibi* 1976 1 WLR 979.

[172]as was recognized in *Russel v Duke of Norfolk* 1949 1 All ER 109 and *General Medical Council v Spackman* 1943 2 All ER 337.

[173]See criticism of this practice by lord Reid in *Ridge v Baldwin* 1961 2 All ER 66 71; also *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* supra 274D–E per Botha JA.

should be no obstacle, in a particular case, to its imposition on the functioning of an administrative body.[174]

A further area of particular difficulty in this field is the application of the audi alteram partem rule to what can be called a "multi stage enquiry" or an "institutional decision."[175] These are terms used to describe what has become a common feature of bureaucracies in large organisations viz an investigation is made, and a report compiled, by one person, who then hands over the responsibility for making the decision to another person, whose decision in turn might be subject to the final approval of a third person.[176]

The problem here is well summed up by De Smith:

> "To the individual whose interests are adversely affected, a divorce between hearing and deciding – not to speak of the pseudonymity of the decision-maker . . . – may seem unfair."[177]

In Britain this matter has been handled by the introduction of procedural safeguards for the individual – to a small extent by judicial decision but mainly by recent legislation.[178] In Canada, in disciplinary proceedings in a domestic body where there are two distinct stages involved in a hearing, notice should be given at both stages.[179] In the United States, it was held by the court in 1936[180] that "the one who decides must hear," but this was not entirely practicable. However, to combat this difficulty, greater powers of hearing and decision-making were given to hearing officers by the Administrative Procedure Act of 1945.[181]

In South Africa, Wiechers[182] states that the rule that a party must be heard applies at any preliminary investigation which can lead to interference with a person's existing rights, privileges, and freedom, but he cites no support, although Rose Innes[183] seems to agree. However, this assertion flies in the face of judicial authority,[184] which, through some, with respect, rather tautological reasoning, has come to the conclusion that if a minister makes a decision on the strength of an investigation conducted by his officials, the person affected by the decision is not entitled to a hearing either during the investigation or when the decision is made: on the one hand it is argued that no decision is made at the investigating and reporting stage, and on the other the minister (as head of department) may be either too busy to

---

[174]as was the case in *Publications Control Board v CNA* 1970 3 SA 479 (A) 491A per Rumpff JA. Cf Denning MR in *Bradbury v Enfield London Borough Council* 1967 1 WLR 1311.

[175]This latter term is used by both De Smith 182 and Schwartz 144.

[176]See, eg, the declaration of an organization as "affected," under the Affected Organisations Act 31 of 1974.

[177]183.

[178]ibid. These safeguards are in line with the concept of natural justice.

[179]Hewitt 188.

[180]*Morgan v US* 298 US 468 481.

[181]Schwartz 153. This act resulted from a recommendation of the attorney-general's committee on administrative procedure in 1941.

[182]220.

[183]158.

[184]*Real Printing and Publishing Co (Pty) Ltd v Minister of Justice* supra.

give a hearing or be excused by statute from granting one. The result is that an administrative agency may take action against a person without complying with elementary justice.[185] It has further been held that an investigatory committee's report being "factual" (which does not mean "true" or "reliable"), need not be tested by the granting of an opportunity to submit rebutting evidence,[186] and that a minister and a committee do not affect an individual's rights when acting together, in a case where their recommendation does not have to be accepted by the ultimate arbiter, viz the state president acting on the advice of the cabinet.[187]

This trend has been criticised,[188] and it is submitted that the argument here is fallacious. The minister can hardly refrain from acting upon the advice or report of the committee, unless he has a very detailed knowledge of the affair from some other source. If he deliberately goes against the advice of the investigating body, he could be accused of failing to apply his mind to the matter, or of acting mala fide. The same can be said of the cabinet vis-à-vis the minister. The result of the judgments has been to hand the minister a blank cheque to act as he wishes, a situation which gravely endangers the rights of the individual.

It is submitted that, to counter anomalies such as this, and generally to try to bring clarity and order to a confused situation, some statutory control, along the lines of the American Administrative Procedure Act, or[189] the procedural rules for special tribunals and the conduct of administrative inquiries in Britain,[190] should be enacted for South Africa. In other words, provision should be made for some minimum standard of justice with which all administrative agencies would have to comply procedurally. This would still allow some flexibility to suit the situation, as, above the minimum, the nature of proceedings could depend on the construction of the governing statute, the nature of the functions performed, and the facts and circumstances of the case in point.

Basu[191] has put forward a minimum requirement of written representations, if the statute governing the action demanded such. However, if the statute is silent on the point, the person affected should be given the opportunity to correct or contradict any relevant statement to his prejudice.

For South Africa, I would venture to suggest that the legislature pass a general law which would be applicable to all administrative bodies, rather than making separate rules for each agency. This law should stipulate a minimum content for the audi alteram partem principle, with agencies being free to bring their procedures closer to that of a court of law if they wished.

In the light of what has been written above, and recognising the im-

---

[185] *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* supra.
[186] *S v Kathrada* 1963 2 SA 5 (T).
[187] *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* supra.
[188] Wiechers 1976 *THRHR* 56.
[189] supra.
[190] See De Smith 174.
[191] 197–198.

mense and increasing powers granted to the administration, I would submit the following as being the minimum content of the audi alteram partem principle which should be incorporated in such a law:

1 *Timeous notice* of intended administrative action which may affect a particular individual's rights, including notice of the time and place of a hearing and the nature of the prejudicial allegations against that individual.

2 *An oral hearing*, at which the individual be given an opportunity to produce rebutting evidence, and to be assisted by legal counsel, if he so desires.

3 *The giving of reasons* for a decision, which reasons will be made available only to the parties concerned.

These requirements should be complied with at all times, except for emergencies or on grounds of the public interest.

The major objections to this scheme will probably be to the requirement of an oral hearing, and the assistance by counsel. Schwartz[192] disposes of the arguments against an oral hearing satisfactorily, by observing that the hearing need not be before the head of the agency concerned, but before presiding officers with special training and powers; that details of the hearing be left to the agency concerned; and that, according to experience, only approximately five per cent of persons acted against will avail themselves of the right to a hearing.

The objections to counsel can, I think, be met by the following facts: the cost of counsel would prohibit all but the reasonably wealthy from being represented in most instances;[193] with presiding officers who have special skills in the adjudicatory process, counsel will not so easily be able to intimidate or confuse them with technicalities; and the results of an administrative hearing can often be as disastrous for a person's rights and freedom or worse than, the result of a court hearing, and, if a party is allowed legal assistance there, then he should be allowed it in a tribunal.

This should form a reasonably solid foundation for the protection of individual rights, upon which administrative bodies could build their own rules. And this is a task for parliament, as the courts have, except in isolated cases,[194] proved themselves unable, or unwilling, to interfere with the administrative process.[195] The above analysis should have made it clear how necessary such remedial legislation is, and it is to be hoped that there will be some action in this regard. □

---

[192] 125–126.

[193] a situation not to be condoned.

[194] The recent judgment of Rose Innes AJ in *Helderberg Butcheries (Stellenbosch) (Pty) Ltd v Municipal Valuation Court, Somerset West* 1977 4 SA 99 (C) provides an excellent example of what the courts could do in this field by insisting on equitable procedure while interpreting a statute.

[195] The trend continues in our case-reports. See *Surtee's Silk Store (Pty) Ltd v Community Development Board* 1977 4 SA 269 (W) and *Kenana v Mangope* 1978 2 SA 322 (T).

Aantekeninge

INPERKINGSBEVELE

Die onlangse uitspraak van die appèlhof in *S v Sigqolo* 1980 1 SA 49 (A) het weer eens die radikale aard van veiligheidsoptrede in Suid-Afrika skerp omlyn. In die breë sou gesê kon word dat die genoemde uitspraak die tendens van die howe om 'n "liberale" vertolking aan inperkingsbevele te koppel – welke tendens hom nou reeds oor vyf en twintig jaar uitstrek – stopgesit het. Daarmee het die appèlhof in der waarheid opnuut na die woorde van die betrokke statutêre voorskrifte self gaan kyk en eintlik maar net uitvoering gegee aan wat die wetgewer ondubbelsinnig voorgeskryf en wat die regters vroeër dikwels, ter wille van geregtigheid, probeer verdoesel het. Dus, die appèlhof het met *Sigqolo* gedoen wat van die regbank verwag word: sy eie geregtigheidstrewe opsy geskuif om uitvoering te gee aan die onmiskenbare verordening van die wetgewer – maar darem ook nie heeltemal nie.

Sigqolo vergestalt miskien om 'n heel ander rede 'n tydige teregwysing. Die ondersoek van die Rabie-kommissie na, onder meer, die doelmatigheid en regsetiese doenlikheid van die Suid-Afrikaanse veiligheidswetgewing is by die skrywe hiervan voorhande. Die tendens om 'n "liberale" vertolking aan inperkingsbevele te verbind, kon 'n mens dalk laat dink het dat die bedoelde inkorting van persoonlike (bewegings-) vryheid eintlik nie so erg is nie; maar nou dat die appèlhof die woorde van die betrokke wetgewing tot op die been oopgevlek het, sal die kommissie wel weet dat hier iets is waaraan gebeitel moet word.

Hierdie aantekening beoog om, met die oog op *Sigqolo*, die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg aangaande die soort inperkingsbevele wat in daardie saak ter sprake was, te wete die verbod op "byeenkomste" en die verbod om "byeenkomste" by te woon, te skets. Waar daar hierin vervolgens na inperkingsbevele verwys word, gaan dit daarom net om die verbod op byeenkomste of op die bywoning van byeenkomste.

1 KLASSIFIKASIE VAN INPERKINGSBEVELE

Daardie soort inperkingsbevele kan in verskillende kategorieë ingedeel word.

1 1 Eerstens kan *bepaalde byeenkomste* verbied word, óf *bepaalde persone* kan verbied word om sekere byeenkomste by te woon.

1 1 1 Ingevolge artikel 9(3) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 kan die minister van justisie 'n verbod plaas op alle of bepaalde byeenkomste – met bypassende voorwaardes ten aansien van, onder meer,

die tyd en plek van die byeenkomste – "indien hy dit nodig ag ten einde die verwesenliking van enige van die oogmerke van die kommunisme die hoof te bied."

Die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 verleen soortgelyke kompetensies aan die minister van justisie en aan landdroste. 'n Landdros kan enige of bepaalde byeenkomste in sy landdrosgebied verbied op grond van sy vrese dat "die openbare rus ernstig in gevaar gebring sal word" deur die bedoelde byeenkomste (a 2(1)); en die minister kan 'n soortgelyke verbod uitvaardig "indien hy dit nodig of dienstig ag tot handhawing van die openbare rus" (a 2(3)), of as hy rede het om te vrees dat die betrokke byeenkomste sal veroorsaak dat "'n gevoel van vyandigheid tussen die blanke inwoners van die Republiek enersyds en enige ander deel van die bevolking van die Republiek andersyds verwek sal word."

1 1 2 Die minister van justisie kan ook *sekere persone* verbied om enige of bepaalde omskrewe byeenkomste by te woon. So 'n verbod kan ingevolge die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 van toepassing gemaak word op gelyste kommuniste, persone wat van enige oortreding ingevolge die genoemde wet skuldig bevind is, iemand wat 'n kommunis is, en iemand wat na die mening van die minister aan bedrywighede deelneem wat die verwesenliking van 'n oogmerk van die kommunisme bevorder of bereken is om dit te bevorder, of wat die veiligheid van die staat of die handhawing van die openbare orde in gevaar stel of bereken is om dit in gevaar te stel (a 5(1)(e) en 9(1)).

Die minister kan 'n soortgelyke verbod ingevolge die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 verorden in die geval van persone wie se teenwoordigheid by die betrokke byeenkomste na die mening van die minister (a 2(4)(b)) "'n gevoel van vyandigheid tussen blanke inwoners van die Republiek enersyds en enige ander deel van die bevolking andersyds sal verwek."

1 2 Al die verbodsbepalings wat hierbo in paragraaf 1 1 vermeld is – sowel dié wat op bepaalde byeenkomste betrekking het as dié wat net vir bepaalde persone geld – kan vanuit 'n bepaalde hoek beskou, ook anders ingedeel word. 'n Mens kan naamlik onderskei tussen dié verbodsbepalings wat betrekking het

1 2 1 op enige byeenkoms, en

1 2 2 op 'n bepaalde byeenkoms of enige byeenkoms van 'n bepaalde aard, klas of soort.

Hierdie onderskeid is van besondere belang omdat, in die geval van 1 2 1, die verbod alleen van toepassing is op 'n "byeenkoms, toeloop of optog in, deur of langs enige plek van enige aantal persone wat . . . 'n gemeenskaplike doel voor oë het, hetsy so 'n doel wettig of onwettig is," terwyl, in die geval van 1 2 2, "'n gemeenskaplike doel" nie 'n essensiële element van die gewraakte byeenkoms is nie (sien die woordomskrywing van "byeenkoms" in a 1 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 en van die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956).

Hierna word afsonderlik aandag gegee aan die regspraak wat onderskeidelik op hierdie twee klasse verbodsbepalings betrekking het. Aangesien inperkingsbevele wat by 1 2 2 te pas kom 'n wye spektrum kan dek, word, wat dit betref, by wyse van voorbeeld volstaan met net een soort byeenkoms wat gewoonlik by sulke inperkingsbevele ingesluit word, te wete sosiale byeenkomste.

2 DEELNAME AAN SOSIALE BYEENKOMSTE

Vir sover inperkingsbevele op die bywoning van sosiale byeenkomste betrekking het, word dit nie vereis dat daar by die aanwesiges 'n "gemeenskaplike doel" teenwoordig moet wees ten einde die bedoelde inperkingsbevel van die minister met jou aanwesigheid by so 'n byeenkoms te oortree nie (sien *S v Mandela* 1979 1 SA 284 (O) 292). Die woordomskrywing van "byeenkoms" in artikel 1 van die Wet op Binnelandse Veiligheid is in 1962 tot dié effek gewysig in reaksie teen die regsvinding in gewysdes soos *R v Kahn* 1955 3 SA 177 (A) dat persone wat 'n byeenkoms bywoon, 'n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms moet hê om sáám 'n bepaalde doel te bereik alvorens daar gesê kan word dat 'n "byeenkoms" ingevolge die wet plaasgevind het. Hierdie laasgenoemde vereiste geld nog vir die byeenkomste wat hierna in paragraaf 3 ter sprake gebring word en waarop *S v Sigqolo* betrekking het, maar is nie meer van toepassing op die kategorie byeenkomste waartoe sosiale byeenkomste behoort nie.

Daar moet in die geval van sosiale byeenkomste nietemin 'n bepaalde verband, onderlinge samehang of gemeenskaplikheid tussen die aanwesige persone bestaan (*S v Keegan* 1976 1 SA 30 (K) 32). 'n Skare wat na 'n brand staan en kyk, of persone wat tou staan vir 'n bus, kan naamlik nie as 'n sosiale byeenkoms beskryf word nie (ibid). Die persone moet meer bepaald byeen wees met die doel om sosiaal met mekaar te verkeer (*S v Mandela* 293). Sosiale omgang hoef in der waarheid nie die enigste doel van die byeenkoms te wees nie (*S v Ntwasa* 1974 3 SA 671 (NK) 672), maar sosiale verkeer moet aan die ander kant ook nie net sydelings of insidenteel plaasvind terwyl die betrokke persone vir 'n regmatige doel byeen is nie (*S v Saliwa* 1969 1 SA 640 (OK) 642; *S v Keegan* supra 32; *S v Mandela* supra 293). Indien 'n persoon op wie die inperkingsbevel van toepassing is, 'n paar gemeenplase wissel met die winkelassistent terwyl hy met inkopies besig is, kan daarom nie gesê word dat hy 'n sosiale byeenkoms bywoon nie. Daar moet naamlik in gedagte gehou word dat die inperkingsbevel bywoning van 'n sosiale byeenkoms verbied en nie sosiale omgang as sodanig nie (*S v Arenstein* 1964 4 SA 697 (N) 702; *S v Keegan* 1976 1 SA 30 (K) 32; *S v Mandela* supra 293). Indien persone, waaronder die persoon wat nie sosiale byeenkomste mag bywoon nie, vir 'n regmatige doel byeen kom en terwyl hulle vir daardie doel byeen is, begin om sosiaal met mekaar te verkeer, word die verbod wel oortree (*S v Mandela* supra 293).

Die vraag of persone vir 'n sosiale doel byeen is, kan vasgestel word met inagneming van die duur van hulle samekoms, die aard van hulle gesprekke en so meer (*S v Mandela* 1979 1 SA 284 (O)). Daarby moet egter in gedagte gehou word dat dit nie vir die betrokke persoon nodig is om aan die gesprekke deel te neem alvorens gesê kan word dat hy die byeenkoms byge-

woon het nie (ibid). Hy moet egter 'n bepaalde gesindheid ten aansien van die samekoms van mense aan die dag lê. Daardie gesindheid is in *S v Beard* 1965 4 SA 543 (OK) 545 beskryf as "the intention to take some part in the proceedings;" en in *S v Mandela* supra 294 is daarna verwys as "a mental element directed at some positive association with the gathering" (sien ook in die breë *S v Moonsamy* 1963 4 SA 334 (N) 339; *Desai v Attorney-General Cape* 1964 4 SA 90 (K) 92–3; *S v Arenstein* 1964 4 SA 697 (N) 701–2; *S v Sader* 1968 2 SA 716 (N) 719–20; *S v Keegan* 1976 1 SA 30 (K) 33). Opset om die inperkingsbevel te verontagsaam, is in ieder geval ook 'n element van die betrokke oortreding (*S v Carneson* 1967 4 SA 301 (K) 305; en vgl ook *S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A) 366; *S v Jossat* 1965 3 SA 423 (A) 425 en 427; *S v Quambella* 1966 4 SA 356 (A) 359).

In *Sachs v Swart* 1965 2 PH K137 (T) is vroeër beslis dat die vraag of 'n mens met 'n "byeenkoms" te doen het, aan die getal persone teenwoordig gemeet moet word en dat 'n "aansienlike aantal" mense byeen moet wees voordat daar regstegnies van 'n byeenkoms sprake kan wees. Hierdie standpunt is daarop in verskeie gewysdes verwerp (*S v Arenstein* 1964 4 SA 697 (N) 699–701; *S v Naicker* 1967 4 SA 214 (N) 218–219; *S v Wood* 1976 1 SA 703 (A) 705–707; *S v Weinberg* 1979 3 SA 89 (A) 101) en daar bestaan oorweldigende gesag dat 'n "byeenkoms" deur net twee of meer persone gekonstitueer kan word (*Dudley v Minister of Justice* 1963 2 SA 464 (A) 469; *S v Arenstein* 1964 4 SA 697 (N) 699–700; *Brutus v The State* 1964 1 PH H128 (T); *S v Wood* supra 707; *S v Weinberg* supra 97 en 100–1). In *S v Weinberg* supra 104–105 is inderdaad bevind dat die inperkingsbevel in daardie spesifieke geval só bewoord is dat vir doeleindes van daardie saak die teenwoordigheid van die beskuldigde plus ten minste nog twee persone vereis is om 'n "byeenkoms" daar te stel.

Hoewel inperkingsbevele wat 'n persoon verbied om sosiale byeenkomste by te woon nie 'n straf in die regstegniese sin van die woord is nie (*S v Cheadle* 1975 3 SA 457 (N) 459; *S v Weinberg* 1979 3 SA 89 (A) 104), moet die ingrypende aard daarvan nie onderskat word nie. In *S v Weinberg* supra 103 het appèlregter Trollip, in antwoord op die argument dat 'n ministeriële verbod om sosiale byeenkomste by te woon weens die oormatige onredelikheid daarvan ongeldig is, verklaar:

> "It is true that the prohibition against appellant's attending any social gathering does drastically restrict her social activities . . . It must however be borne in mind that the powers of prohibition purposely and specifically conferred by the Legislature on the Minister under s 9(1) of the Act for the suppression of communism and maintenance of the internal security of the country are themselves Draconian in form and content. Hence, no matter how serious the effect of the restrictions may be, or how unreasonable they may appear to be, if they fall within the specific powers conferred by s 9(1) on the Minister, they are valid."

Die volgende voorbeelde illustreer wat in die onderhawige verband mag en nie mag nie:

Indien 'n klomp mense in 'n kamer byeen is en om 'n tafel sit terwyl daar drankbottels op die tafel is en elkeen 'n glas voor hom het, is dit prima facie 'n sosiale byeenkoms (*S v Bennie* 1964 4 SA 192 (T) 196); waar die beskuldigde en twee ander persone saam braaivleis hou, is dit 'n sosiale byeenkoms (*S v Tobias* 1967 2 SA 165 (K) 166); terwyl die beskuldigde, sy

vrou, sy dogter en twee ander persone, met wie die beskuldigde die verdere studie van sy seun wil bespreek, saam eet, neem hulle deel aan 'n sosiale byeenkoms (*S v Naicker* 1967 4 SA 214 (N) 220); as die beskuldigde hom op 'n geoorloofde byeenkoms bevind wat daarna die vorm van 'n sosiale byeenkoms begin aanneem en hy verkies om daar te bly, oortree hy die onderhawige verbod (*S v Carneson* 1967 4 SA 301 (K) 305); waar die beskuldigde in 'n motor saam met vier ander persone gery het na en van 'n plek waar een van die ander persone varke gaan besigtig het wat hy van die beskuldigde wou koop, is bevind dat die reis 'n sosiale byeenkoms was (*S v Njongwe* 1972 2 SA 903 (OK)); indien die beskuldigde, saam met 'n vriend, by sy priester besoek aflê en daar "a general conversation or discussion" plaasvind, is dit 'n sosiale byeenkoms (*S v Ntwasa* 1974 3 SA 671 (NK) 672); indien die beskuldigde saam met sy verloofde en vyf van haar gaste tee drink en met hulle oor koeitjies en kalfies sit en gesels, neem hy deel aan 'n sosiale byeenkoms (*S v Cheadle* 1975 3 SA 457 (N)); en vier persone wat saam kontrakbrug speel, is eweneens met 'n sosiale byeenkoms doenig (*S v Wood* 1976 1 SA 703 (A)).

Die volgende omstandighede konstitueer aan die ander kant nie 'n sosiale byeenkoms nie: die beskuldigde is in 'n kroeg in die geselskap gesien van een persoon met wie hy later ook saam snoeker gespeel het (*S v Hjul* 1964 2 SA 635 (K) 636); die beskuldigde het saam met drie ander persone in 'n kafee tee gedrink nadat sy hulle toevallig in die kafee raakgeloop het (*S v Arenstein* 1964 4 SA 697 (N) 702); die beskuldigde se broer, vergesel van 'n ander persoon, het by die ingeperkte persoon se huis aangedoen om 'n lys van kruideniersware te kry wat hy vir die beskuldigde moes koop en om te verneem of hy verdere hulp kan verleen met die oog op die aanstaande huwelik van die beskuldigde se dogter (*S v Nathie* 1966 2 SA 291 (A) 296); die beskuldigde het saam met ander lede van 'n bepaalde sekte aan 'n godsdienstige ritueel deelgeneem (*S v Saliva* 1969 1 SA 640 (OK) 642–3); die beskuldigde het na afloop van 'n kaas-en-wyngeselligheid by 'n klompie bittereinders aangesluit om op te ruim (*S v Keegan* 1976 1 SA 30 (K) 32 en 33–4); die beskuldigde het na 'n vriendin se huis gegaan om navraag te doen oor steenkool en terwyl hulle daaroor gepraat het, het 'n derde persoon hom by die geselskap aangesluit, met die beskuldigde se vriendin 'n gesprek gevoer oor die aankoop van 'n hoender en aan die beskuldigde 'n enkele vraag gestel oor die publikasie van 'n foto waarop die beskuldigde 'n antwoord verstrek het (*S v Mandela* 1979 1 SA 284 (O) 293–4). Daar is ook reeds obiter verklaar dat 'n byeenkoms van gesinslede nie 'n sosiale byeenkoms is nie (*S v Naicker* 1967 4 SA 214 (N) 219). In *S v Weinberg* 1979 3 SA 89 (A) 105 het dit gegaan om 'n voorafbeplande ete waarby twee persone was. Hoewel so 'n ete-afspraak op 'n sosiale byeenkoms neerkom, het daardie spesifieke verbod die byeenkoms van die beskuldigde en ten minste nog twee persone vereis en vir daardie rede is die skuldigbevinding van die beskuldigde in appèl tersyde gestel.

'n Inperkingsbevel wat die betrokke persoon verbied om sosiale byeenkomste by te woon, gaan meestal gepaard met die verdere bevel wat daardie persoon verbied om met sekere persone kontak te maak en om besoekers te ontvang. Daaroor kan in die verbygaan ook die een en ander opgemerk word.

Die ingrypende aard van die verbod om met sekere persone in verbinding te tree, blyk uit die feite van *S v Mandela* 1974 4 SA 878 (A): A en B, twee ingeperkte persone, het reëlings getref dat B die kinders van A gedurende die etensuur met sy motor stad toe sou bring en hulle op 'n bepaalde plek sou laat waar A hulle na sy vertrek sou ontmoet. By een geleentheid het A by B se motor (waarin B en haar kinders was) ingeklim en vir ongeveer 'n driekwart uur daarin vertoef. A en B is daaraan skuldig bevind dat hulle in stryd met die onderhawige inperkingsbevel met mekaar gekommunikeer het. Die skuldigbevinding van die beskuldigdes op sekere ander aanklagtes is weens 'n gebrek in die klagstaat in appèl tersyde gestel, maar dit blyk duidelik uit die uitspraak dat hulle op meriete eintlik ook in daardie gevalle die inperkingsbevel oortree het, naamlik waar A enkele woorde met haar kind gewissel het terwyl die kind nog by B in die motor was en sy dus "indirek" met B gekommunikeer het.

Daar is verskeie gerapporteerde gewysdes wat op die ontvangs van besoekers deur 'n ingeperkte persoon betrekking het.

In *S v Mandela* 1972 3 SA 231 (A) 237 is beslis dat 'n persoon wat op versoek of andersins die huis van 'n ingeperkte persoon binnegaan om iets af te haal (in dié geval 'n lys van kruidenierswaré wat aangekoop moet word), nie 'n besoeker binne die betekenis van artikel 10 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 is nie. Die hof moes in daardie saak ook met die volgende feite afreken: Die ingeperkte persoon het saam met haar suster in die betrokke huis gewoon; dit is gemene saak dat 'n derde vir ongeveer een en 'n half uur in die huis vertoef het; en daar is aangevoer dat dié feit ten minste prima facie bewys is vir die bewering dat die ingeperkte persoon daardie derde as besoeker ontvang het. Die hof het dié argument egter verwerp aangesien die moontlikheid nie uitgesluit is dat die derde 'n besoeker van die ingeperkte persoon se suster kon gewees het nie (238). Appèlregter Potgieter het in daardie saak opgemerk dat die minister nie in sy inperkingskennisgewing aan die woord "besoeker" 'n ander betekenis kan gee as wat dit ingevolge artikel 10 van die wet het nie (236).

In *S v Pityana* 1976 4 SA 823 (OK) het dit gegaan om twee kinders wat by die ingeperkte persoon gaan inwoon het en aldus lede van die ingeperkte persoon se gesin geword het. Die hof het bevind dat die twee kinders in dié omstandighede nie "besoekers" is nie (825–6). In die loop van sy uitspraak het waarnemende regter Stewart die doel van die onderhawige verbod soos volg saamgevat (825; sien ook *S v Mandela* 1972 3 SA 231 (A) 237):

> "The mischief aimed at by the prohibition in question is, in my view, the creation of an opportunity to conspire or collaborate with a 'listed person' under the cover of paying him a visit. The ease with which such a guise could be utilised for such a purpose, and the difficulty attendant upon preventing such use, can easily be appreciated. The prohibition is not directed towards controlling a 'listed person's' household – indeed, the word 'household,' or its equivalent, does not appear in the section."

In *S v Mandela* 1979 1 SA 284 (O) was die feite soos volg: Die ingeperkte persoon het besoekers verwag en het by die landdros aansoek gedoen om hulle te ontvang. Toe die besoekers reeds op pad was, het sy kennis gekry dat haar aansoek van die hand gewys is. Sy het die landdros daarop in kennis

gestel dat haar dogter die besoekers sal ontvang en dat sy nie met hulle sal kommunikeer nie. Dit het dan ook so geskied. In appèl is bevind dat die ingeperkte persoon wel self nie besoekers mag ontvang nie, maar nie verbied is om toe te laat dat iemand anders – in dié geval haar minderjarige kind – besoekers in haar huis ontvang nie (288–9; sien ook *Mandela v Prinsloo* 1977 4 SA 782 (O) 785). Die ingeperkte persoon se skuldigbevinding is daarom in appèl tersyde gestel. In die loop van sy uitspraak het regter Van Heerden verklaar dat dit nie gesê kan word dat 'n persoon 'n besoeker ontvang het tensy hy bedoel het om een te ontvang nie.

3 BYWONING VAN ENIGE BYEENKOMS

Wanneer 'n inperkingsbevel die bywoning van "enige byeenkoms" verbied, hoort dit tot die essensie van "byeenkoms" in die regstegniese sin dat die persone byeen moet wees met 'n gemeenskaplike doel.

Die betekenis van "byeenkoms" met sy vereiste van 'n gemeenskaplike doel is vir doeleindes van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 en die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 presies dieselfde (*S v Morgan* 1977 4 SA 471 (K) 473–4; en sien ook *S v O'Riordan* 1979 4 SA 256 (K) 257; *S v Sigqolo* 1980 1 SA 49 (A) 56). Die inhoud van dié begrip is in die toepaslike regspraak soos volg uitgepluis:

In *R v Kahn* 1955 3 SA 177 (A) 184 is in die algemeen beslis dat die vereiste van 'n gemeenskaplike doel wil sê "that there is a purpose shared by two or more persons who act in concert to do something" (sien ook *R v Lan* 1956 2 SA 246 (A) 250–1; *R v Mpeta* 1956 4 SA 257 (K) 259; *Dudley v Minister of Justice* 1962 4 SA 293 (K) 295; *S v Sigqolo* 1980 1 SA 49 (A) 54); of, soos dit in *Dudley v Minister of Justice* 1963 2 SA 464 (A) 468 gestel is: ". . . the test to be applied is whether the persons gathered together, or some of them, have a common object which they intend or desire to achieve by concerted action," dit wil sê, "[t]heir minds must . . . be directed towards a common object and they must contemplate its achievement by concerted action" (ibid; sien ook *S v Nathie* 1966 2 SA 291 (A) 296; *S v Morgan* 1977 4 SA 471 (K) 474; *S v O'Riordan* 1979 4 SA 256 (K) 257).

Voor die heel onlangse uitspraak van die appèlhof in *S v Sigqolo* 1980 1 SA 49 (A) het die howe – soos ter inleiding van hierdie artikel vermeld word – oor die algemeen 'n besonder restriktiewe uitleg aan die vereiste van "gesamentlike optrede" ("concerted action") as toetssteen van 'n gemeenskaplike doel gegee. Daar is één vroeëre gerapporteerde saak waarin die hof wel 'n gemeenskaplike doel bevind het, te wete in die geval van *R v Lan* 1956 2 SA 246 (A), wat hom afgespeel het rondom die volgende feite: Die beskuldigde, wat verbied was om byeenkomste by te woon, het 'n samekoms van werknemers in die visbedryf belê om die werktoestande van daardie werknemers te bespreek, het net 'n wyle by die samekoms vertoef en het die vergaderplek trouens verlaat voordat enige toespraak gemaak is.

In die volgende gevalle het die betrokke howe bevind dat daar nie 'n "byeenkoms" in die onderhawige sin van die woord plaasgevind het nie: Persone was byeen vir 'n private partytjie in 'n private woonhuis (*R v Kahn* 1955 3 SA 177 (A); maar let daarop dat so 'n samekoms, na 'n latere wysiging

van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1955, wel tuisgebring sal kan word onder die soort byeenkoms wat hierbo in par 2 bespreek is); die beskuldigde (wat nie byeenkomste mag bygewoon het nie) het 'n klompie werknemers by 'n visinmaakfabriek vir minder as tien minute toegespreek oor 'n voorsorgfonds (die werknemers het nie vooraf geweet vir watter doel hulle byeengeroep is of dat 'n vergadering sou plaasvind nie) (*R v Mpeta* 1956 4 SA 257 (K)); die ingeperkte persoon – 'n onderwyser – sou in die gewone gang van sy werk aan groepe skoolkinders onderrig gee (*Dudley v Minister of Justice* 1963 2 SA 464 (A)) – samekomste van onderwysers mag egter wel regstegnies 'n "byeenkoms" wees, naamlik as die onderwysers byeen sou kom "to achieve some common object by discussion or by some other form of concerted action" (ibid 470); 'n broer van die ingeperkte persoon het saam met 'n derde by die ingeperkte persoon se woonhuis aangedoen om 'n lys van kruideniersware te kry wat hy vir die ingeperkte persoon moes koop en om te verneem of hy verder behulpsaam kon wees met die aanstaande huwelik van die ingeperkte persoon se dogter (*S v Nathie* 1966 2 SA 291 (A) 296); die beskuldigde was tussen 'n groep mense wat voor 'n landdroskantoor betoog het, en toe die polisie die betogers beveel om uiteen te gaan, het hy hulle probeer oorreed om die bevel te veronagsaam (*S v Morgan* 1977 4 SA 471 (K)); ongeveer vyfhonderd persone het 'n kerkdiens bygewoon om die onluste van 1976 in Guguleto te herdenk en het daarop in 'n prosessie na 'n begraafplaas beweeg waar 'n tweede kerkdiens gehou is (*S v O'Riordan* 1979 4 SA 256 (K)).

Die appèlhof het daarop, in *S v Sigqolo* 1980 1 SA 49 (A), die hele aangeleentheid waarom dit tans gaan opnuut in oënskou geneem, die beslissings van die pasgenoemde uitsprake van die Kaapse hooggeregshof in *S v Morgan* en *S v O'Riordan* verwerp, en beslis dat die samekoms van 'n klompie jongmense op die vooraand van die begrafnis van 'n afgestorwe swart leier, Robert Sobukwe, by die huis van die oorledene om aan hom hulde te bring, wel 'n (verbode) "byeenkoms" was. Daar is verskeie momente in die uitspraak van hoofregter Rumpff wat beklemtoon moet word:

3 1 Met sy analise van vorige beslissings oor die onderwerp het die hoofregter bevind dat regters "onbewustelik een of ander vorm van onwettigheid of moontlike aanhitsing of opsweping" 'n rol laat speel het toe hulle moes besluit of daar die soort "gesamentlike optrede" was wat vir doeleindes van inperkingsbevele 'n gemeenskaplike doel konstitueer (56). Die definisie van "byeenkoms" in die toepaslike twee wette laat egter duidelik blyk dat die wettigheid of onwettigheid van 'n samekoms buite rekening gelaat moet word wanneer beslis moet word of daardie samekoms regstegnies 'n "byeenkoms" is (ibid). En, sê die hoofregter verder, "[d]aar is 'n goeie rede waarom selfs 'n byeenkoms van mense met 'n wettige gemeenskaplike doel belet behoort te word," te wete:

3 1 1 omdat 'n byeenkoms van mense met 'n wettige gemeenskaplike doel ook wel tot rusverstoring of geweld aanleiding kan gee deur mense wat nie met so 'n byeenkoms gediend is nie;

3 1 2 omdat 'n byeenkoms van mense met 'n wettige gemeenskaplike doel in 'n oogwink omskep kan word in 'n byeenkoms waarvan die gemeenskaplike doel onwettig is;

3 1 3 omdat die sogenaamde wettige gemeenskaplike doel van die persone wat saamkom maklik gesimuleer kan word en in der waarheid 'n "skyndoel" mag wees (ibid).

3 2 Hoofregter Rumpff het bevestig dat 'n gemeenskaplike doel alleen deur "some common object by concerted action" daargestel kan word (56). In die betrokke wette self is daar geen aanduiding dat die woorde "byeenkoms van persone met 'n gemeenskaplike doel" beperkend uitgelê moet word nie. Hoofregter Rumpff verklaar in dié verband (57):

> "Die woorde . . . is nie dubbelsinnig nie. Dit is net geweldig wyd. Ek moet my onmag erken om 'n bepaalde restriktiewe vertolking aan die hand te doen wat sou blyk uit die doel of samehang van die Wet, en wat as toetssteen in alle gevalle gebruik kan word."

Dit is miskien juis die kern van die dilemma waarin die howe hulle bevind as hulle die omvang van die toepaslike inparkingsbevele moet bepaal. Aan die een kant sluit die letterlike betekenis van "byeenkoms van persone met 'n gemeenskaplike doel" uiteenlopende handelinge in: as 'n man en vrou vleeslike gemeenskap beoefen met die doel om 'n kind te verwek; as drie musikante 'n trio uitvoer om daar estetiese genot uit te put (vgl 57); as 'n voetbalspan speel om te wen en so meer. Dit sou sinloos wees om al sulke "gesamentlike optredes" by die verbodsbepalings van 'n inperkingsbevel te betrek. Maar aan die ander kant kan die grenslyn tussen wat mag en nie mag nie, nie presies uitgestippel word nie. Al wat die hoofregter in dié verband aan die hand kon doen (57), is dat regters maar so goed hulle kan in elke geval moet uitmaak

> "of die byeenkoms van so 'n aard was dat, nieteenstaande die wye strekking van die woorde, tog, weens die werklike oogmerke wat uit die Wette blyk, dit onmoontlik die bedoeling van die Wetgewer kon gewees het om so 'n byeenkoms te laat belet."

3 3 Met die oog op, en teenstrydig met, vorige beslissings, verklaar hoofregter Rumpff dat die volgende soort samekomste na sy mening wel 'n byeenkoms van persone met 'n gesamentlike doel sou konstitueer: 'n skoolklas (58); 'n byeenkoms van persone "wat gesamentlik wil luister, sing, bid of oor 'n bepaalde onderwerp praat" (59); 'n samekoms om iemand op 'n lughawe te verwelkom (ibid); 'n byeenkoms van mense om 'n toespraak (oor enige onderwerp) aan te hoor (ibid) en so meer.

4 SLOTOPMERKINGS

Die ratio decidendi van *Sigqolo* kan miskien ten beste soos volg saamgevat word: Die woorde van die Wet op Binnelandse Veiligheid 44 van 1950 en die Wet op Oproerige Byeenkomste 17 van 1956 sluit met die definisie van "byeenkoms" (vir doeleindes van die soort samekomste wat hierbo in par 3 oorweeg is) alle handelinge in waardeur twee of meer mense deur middel van gesamentlike optrede 'n bepaalde doel najaag; in die genoemde wette self is daar geen aanduiding gegee wat daarop dui dat "byeenkoms" in 'n meer restriktiewe sin vertolk moet word nie; tog sou dit absurd wees om inperkingsbevele wat op die bywoning van "byeenkomste" betrekking het, op alle gevalle van gesamentlike optrede van toepassing te maak; dit is nie moontlik om 'n vaste kriterium neer te lê aan die hand

waarvan gesamentlike optrede wat wel 'n "byeenkoms" konstitueer, onderskei kan word van gesamentlike optrede wat nie 'n "byeenkoms" in die regstegniese sin konstitueer nie; regters moet, wanneer hulle moet besluit of 'n bepaalde geval van gesamentlike optrede wel 'n "byeenkoms" daarstel of nie, die vraag beslis met die oog op die werklike oogmerke van die betrokke wette.

As die hoofregter van Suid-Afrika dít vir jou sê – naamlik dat dit nie moontlik is om die norm wat geld, te verwoord nie – dan sê hy by implikasie meteen: Dit is waaragtig 'n slegte wet dié! Weens die ongepresiseerde aard van die betrokke verbodsbepaling, skuil daar 'n arbitrêre element in wat regsekerheid aantas en 'n sweem van ongeregtigheid in hom omdra.

Daarom behoort die Rabie-kommissie met dubbele omsigtigheid na die hele kwessie van inperkingsbevele te kyk! Ek sou aan die hand wou doen (sien daaroor vollediger Van der Vyver "Veiligheidswetgewing in Suid-Afrika" Desember 1979 *Koers*) dat hulle dit moet doen met die oog op (die ongewenstheid van):

4 1 die arbitrêre magte wat ons veiligheidswetgewing in die hande van die uitvoerende gesag laat;

4 2 die bestraffing van 'n persoon op grond van wat hy *is* en *glo* (teenoor wat hy doen);

4 3 besluitneming in veiligheidsaangeleenthede deur hoof- uitvoerende beamptes en die daarmee gepaardgaande toeëiening van regterlike funksies vir die uitvoerende gesag in sulke aangeleenthede;

4 4 die vele insidentele ongeregtighede wat met veiligheidsoptrede gepaard gaan, soos die miskenning van die beginsel van audi alteram partem, die reg op regsverteenwoordiging en so meer.

JD VAN DER VYVER
Universiteit van die Witwatersrand

JURISDICTION AND FORUM CONVENIENS – A NEW APPROACH?

INTRODUCTION

In terms of section 19 of the Supreme Court Act 59 of 1959 the original jurisdiction enjoyed by the provincial and local divisions is limited to the extent of their respective territorial areas. The respective territorial areas are set out in the First Schedule to the Supreme Court Act 1959. The respective court has jurisdiction in civil matters ". . . in and over all persons residing or being in and in relation to all causes arising . . ." within such territorial area (s 19(1)(a)).

The territorial jurisdiction is confirmed in the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961 (s 94(2)). The effect of these statutory provisions is to confer jurisdiction in cases where the "defendant resides within" or where "the cause has arisen" within the territorial area of the court.

In terms of section 19(3) of the Supreme Court Act 1959 the respective courts retained the jurisdiction held by them before the passing of the act. This of course meant that the courts retained their common law jurisdiction. The most important common law principles of determining jurisdiction are (a) the principle of effectiveness (considered below); (b) the principle of submission, which situation arises when a defendant, not ordinarily subject to the jurisdiction of the court, expressly or impliedly submits to the jurisdiction of the court without objection. By such actions the defendant confers jurisdiction upon the court (Pollak *The South African Law of Jurisdiction* (1937) 19); (c) the rule actor sequitur forum rei – this common law rule required the plaintiff to follow the defendant and to sue him before the latter's court (*Sciacero v CSAR* 1910 TS 119 121; see Pollak 16).

The term "causes arising" as contained in section 19(1) of the Supreme Court Act 1959 has appeared in this or similar form in all the statutes establishing the various provincial and local divisions in South Africa (s 30 of the Charter of Justice 1834; s 6 of the Supreme Court Act (Natal) 39 of 1896; s 16 of the Administration of Justice Proclamation (Transvaal) 1902 read with s 3 of the Establishment of the Supreme Court and High Court Ordinance (Transvaal) 2 of 1902; s 3 of the Administration of Justice Ordinance (ORC) 4 of 1902 etc). The term was the subject of a number of appellate division decisions (*Steytler v Fitzgerald* 1911 AD 295, hereafter referred to as *Steytler's* case; *TW Beckett and Co Ltd v Kroomer Ltd* 1912 AD 324, hereafter referred to as *Beckett's* case). The appellate division held that a division had no jurisdiction over an incola of the Republic who was a peregrinus of the court unless a ratio jurisdictionis existed and the defendant's person or property was attached (*Steytler's* case 317; *Beckett's* case). The term "causes arising" was held to mean *legal proceedings* (*Steytler's* case 314–315, 330–331 and 347). Cause in this context does not mean cause of action (Pollak 11; cf *Dunning v Union Government* 1932 NLR 700). Laurence AJA saw the law as follows (*Steytler's* case 331):

> "Cause means legal proceedings, a *lis* or *causa*, a process of some kind . . . When does a cause arise in the said districts? It appears to me that it can only so arise when the party, the defendant . . . is amenable to the forum . . ."

Innes ACJ explained that the decision in *Beckett's* case was based on the fact that the term "causes arising" is the dominating feature of the section and on the fact that the court concerned was a local division. An enabling act had conferred jurisdiction on the Witwatersrand Local Division within its geographic area, which but for the act would have been within the jurisdiction of the Transvaal Provincial Division (Pollak 13; *The Humber v The Answald* 1912 AD 546 554; *Beckett's* case 332; see also *Steytler's* case 330–331). At the time of these decisions the civil process of a division was not effective beyond its territorial limits.

The import of the term "persons residing" or "being within" was seen by Trollip J (as he then was) in *Gulf Oil Corporation v Rembrandt Fabrikante en Handelaars (Edms) Bpk* 1963 2 SA 10 (T) 17 (hereafter referred to as the *Gulf Oil* case) as follows:

> ". . . the Courts' jurisdiction under Section 19(1) is simply, as hitherto, by reference to the common law and/or any relevant statute. In such determination the presence

> or residence of the defendant or respondent within or without the Court's area of jurisdiction will have the importance or relevance which the common or statute law attaches to it (Pollak 9–14 where all the authorities are collected). See too Section 19(3) by virtue of which the jurisdiction which any Division had by common and/or Statute law at the commencement of the Supreme Court Act is retained."

As a result of legislation culminating in the present section 26 of the Supreme Court Act 1959 (introduced by Act 35 of 1963) the civil process of any division is valid throughout the whole of the Republic where it may be served or executed. There is authority that section 26 in no way extends the jurisdiction of a division (*Ex Parte Boshoff* 1972 1 SA 521 (E) 522; *Hare v Banimar Shipping Co SA* 1978 4 SA 578 (C)). Nonetheless section 26 affects the question of effectiveness, a vital factor in determining whether a court has jurisdiction.

The Supreme Court Act 1959, too, clearly provided that no attachment of person or property is necessary to found jurisdiction against a person residing in the Republic (s 28(1) of Act 59 of 1959 read with s 12 of Act 85 of 1963). This statutory provision removes any doubt as to the law established by Act 27 of 1912 (*Cape Explosives Works v SA Oil and Fat Industries* 1921 CPD 244 271–272 and 282; *Brooks v Marquasse Halls Ltd* 1913 CPD 371 376–377; *Morris v Lillian Myers* 1916 WLD 158 160–161; *Wright v Stuttaford and Co* 1929 EDL 1 21–28; Pollak 66 et seq).

Reverting to the common law principles upon which a court will determine the question of jurisdiction in the absence of any legislative enactments, the principle of effectiveness, referred to above, is perhaps the most significant. Pollak views this principle as the proper basis for determining jurisdiction (15 et seq). Effectiveness is nothing more than the ability or power of the court to enforce its judgments. In *Steytler's* case De Villiers JA held (345):

> "A court can only be said to have jurisdiction in a matter if it has the power not only of taking cognizance of the suit, but also of giving effect to its judgment."

The principle of effectiveness was strongly approved by the appellate division in *Sonia (Pty) Ltd v Wheeler* 1958 1 SA 555 (A) 563C–F. The nature of the relief sought by the plaintiff is directly related to the principle of effectiveness (*Steytler's* case 346–347). Pollak classifies six categories of relief sought by litigants (chap II to IX inclusive). The most significant of these categories are (a) claims sounding in money; (b) claims relating to property (immovable and movable); and (c) matrimonial actions (divorce, judicial separation and nullity suits) (Herbstein and Van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts* 3 ed 32–55). Despite the principle of effectiveness there is another approach. In *Steytler's* case Innes JA held that regard should be had to the nature of the proceedings (315):

> "In order to ascertain whether the Eastern Districts Court was, by Common Law, the proper forum for this suit we must have regard to the nature of the action. Was it personal, real or mixed?"

Pollak acknowledges that this approach is in accord with the Roman-Dutch law (Voet 44 7 9) following the Roman law (Gaius 4 1 2 3 and 4 1 2 5; *Institutes* 4 6 1 and 4 6 20; *D* 44 7 35) but as aforesaid he considered that the principle of effectiveness affords a proper basis for deciding ques-

tions of jurisdiction in modern South African law (14 and 20). Nonetheless Trollip J (as he then was) in the *Gulf Oil* case held that possibly both criteria were valid and that it depended on the particulars of the case as to which approach should be applied (18D). The appellate division found no fault in this decision (*Gulf Oil Corporation v Rembrandt Fabrikante en Handelaars* 1963 3 SA 341 (A) 348–349). Again it must be emphasised that these criteria do not extend the jurisdiction of any divisions. They are merely principles which enable the court to determine whether it has jurisdiction. The fact that a particular division is found to have jurisdiction on account of the relief sought (based on the principle of effectiveness) does not mean that another division does not have jurisdiction based on the nature of the proceedings (combined with the procedural effectiveness as provided for in s 26 of the Supreme Court Act 1959) or vice versa (*Gulf Oil Corporation v Rembrandt Fabrikante en Handelaars* 1963 2 SA 10 (T) 21G).

A further Roman-Dutch principle of jurisdiction is the causae continentia rule which was introduced into our law by the appellate division in the case of *Roberts Construction Co Ltd v Willcox Bros (Pty) Ltd* 1962 4 SA 326 (A). This rule extended the jurisdiction of a division in order to avoid injustice, more particularly the multiplicity of actions between the same parties in respect of different claims arising from the same basic cause of action. Another consideration in favour of the acceptance of the rule is the possibility of conflicting decisions by different divisions. Further considerations were the question of the convenience afforded the parties and the more convenient disposing of the claims by one court (see also *New York Shipping Co Ltd v EMMI Equipment Ltd* 1968 1 SA 355 (SWA); *Gronow v Estate Maletze* 1968 3 SA 35 (SWA); cf *Berger v Aiken* 1964 2 SA 396 (W)).

It is against this framework of jurisdiction that the recent appellate division decision in *Estate Agents Board v Lek* 1979 3 SA 104 (A) (referred to as the appellate division decision) will be considered.

THE CASE OF ESTATE AGENTS BOARD v LEK

1 The facts and the decision a quo

In terms of the Estate Agents Act 112 of 1976, as amended, no person may practise as an estate agent unless he is in possession of a fidelity fund certificate issued by the Estate Agents Board (s 26(a)). The board was established by section 7 of the Estate Agents Act 1977 (hereafter referred to as the act). Certain persons are disqualified from obtaining such fidelity certificates, inter alia any person who has been convicted of any crime involving dishonesty (s 27). In terms of a proviso to the said section the board may nevertheless issue a certificate to such person if it is satisfied that under the particular circumstances the grant will be in the interests of justice. En passant, this is a highly subjective discretion and one which does not appear to be capable of objective factual proof. A decision made in terms thereof appears not to be justiciable (Taitz " 'But 'Twas a Famous Victory' " 1978 *Acta Juridica* 109 115).

A person who is aggrieved by the refusal of the board to grant a certificate has the right to obtain reasons for such decision and thereafter the

further right to note an appeal to the "court" against such decision (s 31). A court is defined as "a court of the provincial or local division of the Supreme Court of South Africa having jurisdiction" (s 1).

Since 1968 Lek had carried on business as an estate agent in Cape Town where he and his family resided. He had been convicted of theft in 1949 and fraud in 1967. Although it is not strictly relevant to this paper, Lek claimed that he was innocent in respect of both offences. He further alleged that in any event both offences were trivial. In the case of the theft conviction he was given a suspended sentence by the court while in regard to the fraud he was fined R60 and a sentence of one month imprisonment, the latter being suspended. During 1977 he applied to the Estate Agents Board for the relevant fidelity fund certificate. He disclosed the convictions set out above. In addition his Cape Town attorney contacted the secretary of the board in Johannesburg, informing the latter of the convictions and advised him that should it be necessary he would come to Johannesburg to discuss Lek's convictions with him or the board. Alternatively the attorney offered to furnish the board with any information it may require in regard to the convictions. The secretary stated that this would not be necessary but if any difficulties in regard to the convictions arose, an opportunity would be afforded Lek to deal with same. Subsequently, the board considered the matter and without any further reference to Lek or his attorney refused his application. The reasons for the refusal was Lek's previous convictions and the fact that the board did not consider it in the interests of justice to issue the fidelity certificate. Lek noted an appeal against this decision to the Cape Provincial Division (*Lek v Estate Agents Board* 1978 3 SA 160 (C) hereafter referred to as the a quo decision).

The board opposed the appeal in the court a quo before which the following four major issues were argued:

The jurisdiction issue

The board contended that the Cape Provincial Division did not have jurisdiction to entertain an appeal against the decision of the board. The board was situated in Johannesburg and the meeting, at which the relevant decision was made, was held in Johannesburg. The board submitted that the Transvaal Provincial and Witwatersrand Local Division as the forum rei, had jurisdiction in terms of the definition of "court" in section 1 of the act. The court a quo, per Friedman J, found that while the Transvaal Provincial and the Witwatersrand Local Division had such jurisdiction, it was not exclusive (the a quo decision 166F–H). The judge held that it is obligatory for the board to inform an applicant in writing of its decision (s 31(a)) and that the decision is not valid until it had been communicated to the applicant. Written notice of the decision is therefore an integral aspect of the application procedure. Such notice was given to the applicant in Cape Town and the Cape Provincial Division accordingly had jurisdiction to consider the appeal (the a quo decision 167H).

The ultra vires issue

Lek submitted that the board was not validly constituted on the date when it took the decision affecting him. This argument did not commend

itself to the court which found that the board was validly constituted (the a quo decision 169H). In any event, subsequent to the decision, parliament passed the Estate Agents Amendment Act 60 of 1978, which act retrospectively deemed the board to have been properly constituted at all relevant times.

The procedural issue

Although the matter was referred to as an "appeal" Lek had proceeded by way of notice of motion supported by affidavits to which the board had filed answering affidavits. The court a quo held that the act did not stipulate any particular procedure to be followed for noting an appeal. Referring inter alia to *Union Government and Fisher v West* 1918 AD 556 573 the judge found that as all relevant facts were before the court it made no difference whether the application was called "an appeal or a review" (the a quo decision 165H; see Taitz "When is an Appeal not an Appeal? A Legal Conundrum" 1979 *THRHR* 70).

The audi alteram partem issue

Lek had alleged that the board had failed to comply with the audi alteram partem rule on account of its refusal or failure to allow him or his attorney an opportunity of explaining the convictions. This failure on the part of the board was aggravated by the fact that the secretary had informed Lek's attorney that should any difficulty arise in regard to the convictions an opportunity would be afforded him to give an explanation. The court had no hesitation in finding that Lek had not had the opportunity of being heard in his defence (the a quo decision 172C).

The court a quo upheld Lek's appeal. It set aside the board's refusal to grant him the fidelity certificate. The court remitted the matter to the board for reconsideration. Lek was granted the right to make such representations to the board as he considered necessary. Against this decision the board lodged an appeal to the appellate division.

2 The appellate division decision in regard to the "jurisdiction" issue

At the hearing before the appellate division effectively only one ground of appeal was argued by the appellant board, ie the jurisdiction issue. A unanimous decision of the court was delivered by Trollip JA. This well considered and scholarly judgment by the judge will form the foundation of future cases regarding jurisdiction. The line of reasoning adopted by the judge of appeal is both interesting and provocative. *Firstly*, the relief sought by the respondent, Lek, ie the court's decision on the appeal in terms of section 31(b) of the act, is not mandatory, it is ". . . not executable in the ordinary sense; it is more of a declaratory or empowering nature, to which the Board, being bound by the provisions of the Act, will give effect . . ." (the appellate division decision 1066G). *Secondly*, in terms of section 26(1) of the Supreme Court Act 1959 the process ot the Cape Provincial Division ". . . runs throughout the Republic, and, if necessary, can be effectively served on the Board at its residence in Johannesburg. The order for costs can similarly be enforced against the Board if necessary" (1066H). *Thirdly*, the judge of appeal examined the nature of the respondent's complaint. The

board, by refusing to grant the fidelity certificate to allow him to practise, affected Lek in Cape Town where he is resident and carries on his business. The judge saw Lek's inability to continue his business as a "kind of *capitis dominutio*" which was suffered by him in Cape Town. Under these circumstances, the Cape Provincial Division was seen by the judge as (1067D):

> ". . . the Court immediately at hand and easily accessible to him (the respondent) and to which he would naturally turn for aid in seeking to have the diminution of his legal capacity or personality remedied."

At this point there can be little doubt regarding the fact that the Cape Provincial Division had jurisdiction, albeit concurrently with the Transvaal Provincial and Witwatersrand Local Divisions. However, the judge went further and with the unitary judicial system of one supreme court with different divisions (s 94(1) of the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961) as a touchstone, he introduced what may be referred to as the *convenience* factor (1067E):

> "In the present context of our unitary judicial system of having one Supreme Court with different Divisions, as set out earlier in this judgment, *convenience and common sense* (my italics) are, *inter alia* valid considerations in determining whether a particular Division has jurisdiction to hear and determine the particular cause."

In support of this ruling the judge cited *Sonia (Pty) Ltd v Wheeler,* more particularly the statement by Price AJA referring to "*every consideration of convenience and common sense*" (564A). Against the convenience to Lek of the Cape Provincial Division being seised of the matter Trollip JA weighed possible inconvenience to the board. On a balance of convenience to the parties the learned judge found in favour of the Cape Provincial Division (1067). In support of his ruling the judge cited a number of cases in which a division has assumed jurisdiction in favour of an applicant domiciled or resident within its territorial area invoking the status, legal capacity or legal personality of such applicant. This had taken place even where the relief sought affected persons outside the court's territorial jurisdiction. The ratio of these cases is that the relief sought is merely declaratory or empowering (*Wells v Dean-Wilcocks* 1924 CPD 29 (annulment of marriage); *Van den Berg v Van den Berg* 1939 WLD 228 (an order declaring a party incapable of managing his affairs); *Ex parte Greet* 1934 NPD 118 (an order by the Natal court on the registrar of births in Pretoria to register the birth of the applicant resident in Natal); see also *Ex parte Powell* 1935 CPD 304; *Ex parte van Zyl* 1942 OPD 42; *Ex parte Dormehl and Dormehl* 1951 4 274 (W); *Ex parte Erasmus* 1950 3 SA 59 (T) etc). The line of reasoning adopted by the court a quo did not commend itself to the judge (1067A).

Considering the above approach to the *convenience* factor by Trollip JA, the question may be asked "*Has the appellate division finally and conclusively introduced the doctrine of forum conveniens into our law?*"

3 Conclusion and the doctrine of forum conveniens

Although the doctrine of forum conveniens (or forum non conveniens as it is sometimes referred to) is usually found in the area of private international law it is not exclusive to that area of law. It is a situation which occurs when a defendant is brought before one of two or more courts which have

jurisdiction to hear the case. The defendant pleads forum non conveniens alleging that a just determination of the matter requires that the case be tried before the other or one of the other courts (Anton *Private International Law* (1970) 148 et seq). The doctrine was described by lord president McNeill in *Longworth v Hope* (1865) 3M 1049 1053 (see Anton 149) as follows:

> "The next question is the question of *forum non conveniens*. Now the plea usually thus expressed does not mean that the forum is one in which it is wholly incompetent to deal with the question. The plea has received a wider signification, and is frequently stated in reference to cases in which the court may consider it more proper for the ends of justice that the parties should seek their remedy in another forum."

The plea is founded on more than the mere practical inconvenience of the defendant and it is suggested that (*Sim v Robinow* (1892) 19R 655 668):

> "The plea can never be sustained unless the court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and *for the ends of justice*" (my italics).

Any question of the choice of forum to obtain a more favourable decision on the law ("forum-shopping") may be avoided as this would not or certainly should not, apply to the different divisions of the one supreme court in South Africa. However justice is more properly served where matters such as availability of witnesses and evidence et cetera are taken into consideration. As regards the question of expenses to a party (such as Lek, who may be obliged to institute action in a forum a thousand miles away from his residence and place of business while his own forum may have jurisdiction), it is a factor relating not only to "convenience and common sense" but it also relates to the question of a just determination. This can be seen in the balancing of convenience in respect of each of the parties by Trollip JA. Although the judge has not used the term "justice" as a factor in his judgment he appears to have taken it into consideration. It is difficult to conceive of a decision based upon "convenience and common sense" in which the question of justice is not considered.

The concept of forum conveniens is not unknown in South African law despite a denial as to its existence by the writer Pollak (54 64; see *McBride and Thomson v Vause* (1889) 3 SAR 3 cited by Pollak). In terms of section 9(1) of the Supreme Court Act 1959 there is procedure for the removal of any civil cause, proceeding or matter from any division to another if it appears to the first court that the cause "may be more conveniently or fitly heard or determined" in such other division. Although the division to which the matter is transferred originally had no jurisdiction (*United Motor Services Ltd v Globe Manufacturing Co* 1938 CPD 41; *Horwitz v Herman* 1964 3 SA 448 (O); *Van Niekerk v Van Niekerk* 1969 2 SA 430 (C)) the original court must itself have had jurisdiction (*Jooste v Laubscher* 1926 TPD 196; *Van der Sandt v Van der Sandt* 1947 1 SA 259 (T); *Ex parte Benjamin* 1962 4 SA 32 (W)). The onus is upon the party applying for the removal to satisfy the court that there is a balance of convenience in favour of such removal (*Kelly v Malherbe* 1939 2 PH F123; *Thompson v Thompson* 1946 2 PH F70; *Desai v Engar and Engar* 1965 4 SA 81 (W); *Swallow v Swallow* 1947 2 PH F91). The court in deciding the application will consider the convenience of

the parties, the convenience of the court and the disposal of the litigation (*Wellman, Smith Owen of SA (Pty) Ltd v Manganese Corp* 1929 WLD 217; *Walters Brice Industries Ltd v Henkes* 1938 WLD 5; *Smith v Wilson* 1949 3 SA 537 (N); *Goode, Durrant and Murray (SA) Ltd v Lawrence* 1961 4 SA 329 (W)). The following statement of the law by Bristowe J in *Ogilvie v Bettini and Co* 1905 TS 747 748 is apposite:

> "It seems to me that under the Proclamation the plaintiff has the choice of two courts – either the Supreme Court or the High Court and *prima facie* it seems to me he may choose whichever court he likes. Now if there were something to show that the action could be tried in Johannesburg more conveniently, having regard to the expense to which the parties would be put and the places where their witnesses were living or any other circumstances, an application of this kind would be granted . . ."

The die has been cast. It would appear that Trollip JA's decision in *Estate Agents Board v Lek* will become the foundation for the doctrine of forum conveniens in South Africa – a doctrine described by Frankfurter J in the US supreme court as "a manifestation of a civilised judicial system . . ." (*Baltimore and Ohio Railroad v Kepner* (1941) 314 US 44 55, cited by Anton 149).

JEROLD TAITZ
University of Cape Town

MEDEDADER OF MEDEPLIGTIGE: NOG MEER VERWARRING

In *Williams* 1980 1 SA 60 (A) het veral die aanspreeklikheid van beskuldigde 2 in die volgende feitestel, soos dit blyk uit die uitspraak van appèlregter Joubert, ter sprake gekom: Die oorledene en die drie beskuldigdes was saam op 'n trein. Beskuldigde 1 het die oorledene 'n steekwond met 'n mes toegedien. Beskuldigde 2 het onmiddellik hierna die oorledene om sy nek gegryp en hom in die rigting van 'n ander passasierswa getrek. Beskuldigde 2 het opgemerk dat beskuldigde 3 hulle met 'n bottelkop nader, waarna hy, beskuldigde 2, sy arm weggeruk het en sodoende die oorledene in 'n weerlose posisie geplaas het. Beskuldigde 3 het die oorledene toe met die bottelkop in die nek gesteek. Dit is gemene saak dat laasgenoemde wond die oorsaak van die dood was.

Die hof het besef dat medepligtigheid en mededaderskap dikwels met mekaar verwar word en het dus besluit om dié twee regsfigure te ontleed (62H ev). Enige poging om sodanige verwarring uit te skakel, sal steeds verwelkom word. Dat die hof daarin geslaag het om helderheid te skep kan, myns insiens, ongelukkig nie gesê word nie.

Die hof omskryf 'n dader as iemand "(wat) voldoen aan al die vereistes van die misdaadomskrywing" (63A). 'n Medepligtige op sy beurt, volgens die hof, "vereenselwig hom bewustelik met die pleging van die misdaad deurdat hy bewustelik behulpsaam is by die pleging van die misdaad of deurdat hy bewustelik die dader of mededaders die geleentheid, die middele of die inligting verskaf wat die pleging van die misdaad bevorder" (63B). Die hof verklaar voorts: "Volgens algemene beginsels moet daar 'n kousale verband tussen die medepligtige se hulpverlening en die pleging van die

misdaad deur die dader of mededaders bestaan . . ." (63E). Die hof bevind dan ook dat sodanige kousale verband tussen beskuldigde 2 se handeling en die dood van die oorledene wel bestaan (64D).

Dat die hof hier 'n gulde geleentheid deur die vingers laat glip het om sekere wanbegrippe uit die weg te ruim, ly geen twyfel nie. Vrae wat byvoorbeeld onbeantwoord gelaat is, is of medepligtigheid 'n algemene beginsel of 'n besondere misdaad is; wat presies bedoel word met die begrip "bevorder;" waarom beweer word dat kousaliteit 'n vereiste is vir medepligtigheidsaanspreeklikheid; en talle ander.

Wat daderskap betref, kan daar nie fout gevind word met die omskrywing van die hof nie (63A). Sodra 'n persoon se doen of late dus binne die bestek van die misdaadomskrywing val, kan hy as 'n dader aangemerk word. De Wet en Swanepoel *Strafreg* 1e uitg 128 omskryf die begrip dader soos volg:

> "Dader of pleger van die misdaad is die persoon wat aan al die voorwaardes vir aanspreeklikheid voldoen. Dader of pleger van die misdaad is dan die persoon wat die verbode daad verrig het, of die verbode gevolg veroorsaak het, onregmatiglik en met die vereiste skuld, en teen wie daar 'n strafbedreiging bestaan. Om vas te stel of iemand dader is, moet 'n mens dus net nagaan of hierdie handeling van die persoon onder hierdie omstandighede verrig met hierdie gesindheid, strafbaar is."

In aansluiting by hierdie omskrywing kan verwys word na die gevleuelde woorde van MA Rabie in sy ongepubliseerde proefskrif *Die Deelnemingsleer in die Strafreg* (1969) 148 waar hy verklaar:

> "Begripsmatig is daderskap onlosmaaklik verweef met die misdaadomskrywing. Net soos die muntstuk 'n afgietsel van sy matrys is, is daderskap die spieëlbeeld van die misdaadomskrywing."

Die misdaad wat beskuldigde 2 ten laste gelê is, is moord. Moord is die wederregtelike, opsetlike veroorsaking van die dood van 'n ander menslike wese. Dit is dus eerstens nodig om beskuldigde 2 se optrede aan hierdie omskrywing te toets ten einde sy aanspreeklikheid te bepaal.

Dit is in die eerste plek duidelik dat beskuldigde 2 'n *handeling* verrig het; hy het die oorledene vasgehou en hy het beskuldigde 3 in staat gestel om die oorledene met die bottelkop te steek *terwyl hy bewus was dat beskuldigde 3 dit gaan goen*. Die hof verklaar self dat beskuldigde 2 se optrede "beskuldigde 3 in staat gestel het om die oorledene in 'n weerlose posisie 'n dodelike steekwond met die bottelkop toe te dien" (64D). In die tweede plek ly dit geen twyfel dat beskuldigde 2 se handeling kousaal verbind is met die ingetrede gevolg nie. Die hof maak immers self die bevinding (64D) en dit spreek ook duidelik uit die feite. Indien daar nie 'n kousale verband tussen beskuldigde 2 se handeling en die dood van die oorledene was nie, kon hy nie as dader aanspreeklik wees nie – vgl *Thomo* 1969 1 SA 385 (A). Die derde vereiste, naamlik dat die veroorsaking van die dood van die oorledene deur beskuldigde 2 onregmatig is, behoef sekerlik geen betoog nie. In die vierde plek maak die hof self die bevinding dat beskuldigde 2 skuld gehad het ten aansien van die dood van die oorledene; die nodige wil plus wederregtelikheidsbewussyn was dus aanwesig.

Samevattend kan verklaar word dat beskuldigde 2 die dood van die

oorledene wederregtelik en opsetlik *veroorsaak* het. Sy optrede voldoen dus aan al die vereistes van die misdaadomskrywing en hy kan die etiket van dader, of dan mededader, indien dié term verkies word, nie ontkom nie. Die bevinding van die appèlhof dat die hof a quo beskuldigde 2 tereg as 'n medepligtige skuldig bevind het, kan daarom nie onderskryf word nie. Die feit dat beskuldigde 2 nie die dodelike wond toegedien het nie, kan, terloops, nie sy daderskap in die niet laat verdwyn nie. Die vraag is eenvoudig of hy die dood *veroorsaak* het deur 'n wederregtelike handeling in omstandighede waar die verwyt dat hy skuld het, hom kan tref – vergelyk byvoorbeeld die posisie van die bestuurder van die motorvoertuig waarin die hoofdader vervoer is – *Bradbury* 1967 1 SA 387 (A).

Alhoewel dit duidelik is dat beskuldigde 2 wel as dader aanspreeklik gehou behoort te gewees het, kan die geleentheid om medepligtigheid in perspektief te plaas, nie onbenut gelaat word nie. Daar is reeds gewys op die vraag of medepligtigheid by die algemene beginsels van die strafreg tuishoort of 'n besondere misdaad is. Anders as wat ons skrywers soms te kenne gee, het ons myns insiens hier met 'n besondere misdaad te doen – sien 1977 *De Jure* 162 165 ev.

Dié misdaad kan in sy ware formaat en gestalte vertoon word deur dit met 'n ander misdaad, byvoorbeeld heling, aan die hand van die algemene en besondere vereistes vir 'n misdaad te vergelyk.

1 HANDELING

In die geval van heling bestaan die handeling uit die toe-eiening van gesteelde goed.

In die geval van medepligtigheid bestaan die handeling uit die *bevordering* van of *vereenselwiging* met 'n ander misdaad ten opsigte waarvan die medepligtige nie as dader van die betrokke ander misdaad, aanspreeklik gehou kan word nie. In *Williams* supra en *Thomo* supra het die appèlhof beslis dat "bevorder" beteken "kousaal bevorder." Soos reeds hierbo aangetoon, sal dit egter meebring dat die betrokkene dan steeds by die suiwer gevolgsmisdaad as dader aangemerk sal word. Dit sal dus logies volg dat daar van medepligtigheid by 'n suiwer gevolgsmisdaad geen sprake kan wees nie. Die standpunt van Strauss 1960 *THRHR* 95 en Rabie 1971 *SALJ* 334 dat "bevorder" beteken "iets doen met die oog op die teweegbring van 'n gevolg" word dus as suiwer onderskryf.

2 ONREGMATIGHEID

Die onregmatigheid by die misdaad heling is vanselfsprekend. Die boni mores keur dit af dat A die goed wat B gesteel het, ontvang en dit vir homself toe-eien. Die onregmatigheid van die medepligtige tree eers duidelik na vore indien besef word dat hy dader is ten opsigte van die misdaad medepligtigheid. Sy optrede is dan ook nie onregmatig omdat 'n ander persoon se optrede as strafbaar aangemerk word nie. Die onregmatigheid is daarin geleë dat hy 'n handeling verrig waardeur die gesindheid om hom te assosieer met die pleging van 'n misdaad deur iemand anders, gemanifesteer word. Dat sodanige optrede deur die boni mores afgekeur word, behoef sekerlik geen verdere betoog nie – sien 1977 *De Jure* 162 167.

3 SKULD

Die enigste gemeenregtelike misdaad waar opset nie as die vereiste vorm van skuld voorgeskryf word nie, is strafbare manslag. By alle ander gemeenregtelike misdade, insluitende heling, is opset 'n vereiste vir aanspreeklikheid. Wat die misdaad medepligtigheid aanbetref, moet met Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafreg* 437 saamgestem word waar hy verklaar:

> "Ek wil graag die standpunt van ons regspraak onderskryf: mi hou die woorde vereenselwiging of bevordering begripsmatig in dat die optrede opsetlik moet geskied. Mens kan jou nie met iets vereenselwig of dit bevorder as jy nie kennis daarvan dra nie. Nalatige vereenselwiging of bevordering is vir my 'n *contradictio in terminis* . . . Die medepligtige moet derhalwe, soos ons regspraak vereis, bewus wees daarvan dat dit waarmee hy hom vereenselwig 'n misdaad is of moontlik kan wees."

4 BESONDERE VEREISTES

Waar dit uit die voorgaande vergelyking duidelik blyk dat beide die misdade heling en medepligtigheid voldoen aan die algemene vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid, moet ons nou bepaal of die knoop ook wat die besondere vereistes betref, deurgehak kan word. 'n Noukeurige ontleding van beide misdade toon dat hulle besondere vereistes ook gemeen is. In beide gevalle is aksessoriteit die enigste besondere vereiste wat aanwesig moet wees alvorens die misdaad as voltooid beskou kan word.

Met aksessoriteit word bedoel dat daar geen sprake van medepligtigheid, of heling, kan wees waar daar nie 'n dader mbt 'n ander misdaad is nie. Rabie 428 verklaar soos volg:

> "Mi is aksessoriteit die onderskeidende kenmerk: waar daar nie aan die aksessoriteitsvereiste voldoen is nie, kan iemand nie weens medepligtigheid nie, maar wel moontlik weens poging tot die pleging van die misdaad skuldig wees. Waar daar aan die aksessoriteitsvereiste voldoen is, kom poging egter nie ter sprake nie. Waar daar dus slegs een persoon by 'n misdaadspleging betrokke is, kan daar nooit sprake van medepligtigheid wees nie, slegs van poging, omdat aksessoriteit ontbreek."

Wanneer dit nou eenmaal duidelik is dat medepligtigheid en heling aan presies dieselfde vereistes moet voldoen, is dit ondenkbaar dat die gedagte dat eersgenoemde 'n algemene beginsel en laasgenoemde 'n besondere misdaad is, nog verkondig kan word – vgl De Wet en Swanepoel *Strafreg* 3e uitg 158 ev en Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd 1 376 ev.

Uit voorgaande moet nie verstaan word dat, omdat medepligtigheid 'n misdaad eo nomine is, 'n verwysing na die misdaad van die hoofdader nou onnodig is nie. NJ van der Merwe, hoof van Justisie-Opleiding, in sy *Praelectionum ad Juris Poenalis Principia Compendium* 100 stel die posisie in perspektief waar hy verklaar:

> "Waar ons egter begripsmatig tussen medepligtiges en mededaders onderskei, is die verwysing steeds met betrekking tot 'n ander misdaad as dié van medepligtigheid. Natuurlik word nie te kenne gegee dat 'n persoon aan medepligtigheid (of poging) *in abstracto* aangekla en skuldig bevind kan word nie, net so min as wat iemand van daderskap *in abstracto* aangekla of veroordeel kan word. Besondere voorvereistes moet nog aanwesig wees om te toon waaraan 'n persoon medepligtig

was of watter misdaad hy gepoog het, net soos besondere voorvereistes moet toon aan watter misdaad 'n persoon dader is. Met ander woorde, ten einde die beskuldigde in staat te stel om te weet watter saak hy moet ontmoet of waarom hy veroordeel word, eis die realitiet van die prosesreg dat 'n persoon moet teregstaan op 'n aanklag van medepligtigheid (of poging) met terminologiese verwysing na 'n ander misdaad, tw die een waarmee die beskuldigde hom vereenselwig het (of gepoog het). Hierdie prosesregtelike presisering doen egter nie afbreuk aan die beginsel dat die medepligtige (of poger) as sulks 'n selfstandige misdaad pleeg nie."

Ten slotte moet beklemtoon word dat, anders as wat in *Williams* supra gebeur het, 'n persoon wat 'n dader is mbt 'n ander misdaad as medepligtigheid, nooit as 'n medepligtige aan daardie misdaad skuldig bevind behoort te word nie. Wanneer A dus vir B aanhits om C te vermoor en die gevolg word teweeggebring, kan A steeds net dader mbt moord wees. Indien A egter vir B help om C te verkrag, kan hy slegs medepligtige wees indien B in sy doel slaag. Die onderskeid lê opgesluit in die misdaadomskrywing en elke feitestel moet telkens daaraan getoets word. Williams moes dus myns insiens nooit as medepligtige skuldig bevind gewees het nie.

AJ VAN WYK
Landdroskantoor, Worcester

The philosophy that guides both psychologists and lawyers must have as its constitutive principle 'justice' . . . Only a society aimed toward ethical legality or reasoned justice . . . can accommodate the association between the logical and the psychological, the legal and the moral.

Tapp and Levine Law, Justice and the Individual in Society *5*

Vonnisse

SMITH v BASSON 1979 1 SA 559 (W)

Burereg – oorskryding deur bome en struike – toepaslike remedies

Die uitspraak in *Smith v Basson* 1979 1 SA 559 (W) bied 'n interessante illustrasie van hoe moeilik dit is om beginsels en remedies wat geld in die geval waar geboue of bouwerke op buurgrond oorskry net so toe te pas op gevalle waar bome, struike of ander plantegroei oor die grenslyn van buurgrond groei. Die rede hiervoor is dat die bureregtelike reëls omtrent oorskrydings deur bouwerke en dié omtrent oorskrydings deur bome en ander plantegroei in aparte kompartemente ontwikkel het en nie uit 'n basiese bureregtelike beginsel gegroei het nie.

Die feite van die saak is soos volg: Die eiser en verweerder is die eienaars van aangrensende erwe in Margate. Die erf van die eiser is nog onontwikkeld. Daarenteen het die regsvoorganger van die verweerder reeds tien jaar tevore 'n huis en buitegeboue op sy erf opgerig en 'n ry sierbome aan die grenslyn van die twee erwe geplant met die bedoeling om sy erf van die eiser se erf af te sluit. Na bewering is struike en bamboesriete later in opdrag van die verweerder tussen die bome geplant. Hierdie versameling van bome, struike en bamboesriet het mettertyd wild in alle rigtings begin groei soos duidelik uit 'n diagram blyk wat aan die einde van die gerapporteerde beslissing verskyn. Die huidige twis spruit uit die bewering van die eiser dat hierdie versameling waarna as die "gemeenskaplike grensskeiding" verwys word, sy grond vir 'n afstand van vyftien voet binnegedring het. Aangesien die verweerder ten spyte van 'n aanmaning in dié verband geweier het om die oorskrydende plantegroei te verwyder, doen die eiser in hierdie geding aansoek dat die verweerder deur 'n hofbevel verplig word om die oorskryding te verwyder of om as alternatief 'n bedrag van R7 500 te betaal, synde die waarde van die grond waarop oorskry is.

Namens die eiser is die standpunt ingeneem dat die grensskeiding 'n integrerende deel gevorm het van 'n "bouwerk" wat op die verweerder se grond opgerig was en op die eiser se grond oorskry het. Gevolglik word geredeneer dat dit nie saak maak dat die "bouwerk" uit bome en struike en nie uit boumateriaal saamgestel is nie. Omdat die grensskeiding deur die regsvoorganger van die verweerder "gebou" is, is die verweerder dus verplig om die oorskryding te verwyder.

Regter Coetzee toon tereg aan dat die regsposisie tussen buureienaars gereël word deur die burereg wat op die stelreëls "male iure nostro uti non debemus" en "sic utere tuo ut alienam non laedas" gebaseer is. In die onderhawige geval word die algemene reëls van die burereg egter gekwalifiseer deur die reëls wat in die Romeins-Hollandse en Engelse reg aangaande die oorskryding van bouwerke en bome uitgekristalliseer het. Die regter bevind dat die remedie waarvoor die eiser aansoek doen die normale remedie in die geval van oorskryding deur *bouwerke* is en nie in die onderhawige geval van oorskryding deur *plantegroei* beskikbaar is nie; daarom bevind hy dat die verweerder gereg-

tig is op absolusie van die instansie. Hy baseer sy bevinding op die basiese onderskeid tussen inaedificatio en implantatio. Sowel in die geval van inaedificatio as in die geval van implantatio word die eienaar van die grond eienaar van die boumateriaal of plante wat aan sy grond vasgeheg is ooreenkomstig die stelreël "superficies solo cedit." In die geval van implantatio verkry die grondeienaar slegs eiendomsreg nadat die plante wortel geskiet het. Indien die boumateriaal aan iemand anders behoort het, kon die eienaar van die boumateriaal, terwyl die gebou nog gestaan het, in die Romeinse reg die actio de tigno iuncto ingestel het en indien die gebou afgebreek is, die boumateriaal met 'n rei vindicatio opgeëis het. Alhoewel praetoriese remedies dalk in die geval van implantatio beskikbaar was vir die eienaar wat verlies gely het as gevolg van die feit dat sy plantjies op die grond van iemand anders wortel geskiet het, het die eienaar van die grond waaruit die plant sy voedingskrag gekry het eiendomsreg van die volgroeide boom of struik verkry (*Secretary for Lands v Jerome* 1922 AD 103 117). Nadat plante wortel geskiet het, het die boom of struik die eiendom van die grondeienaar geword en kon hy daarmee maak wat hy wou – dit selfs vernietig. Dat dieselfde beginsel nie geld in die geval van geboue en bouwerke nie, blyk duidelik uit die volgende uitlating van die regter (561F–G) wat die kern van sy beslissing is:

> "On the other hand, in the case of industrial accession, an essential difference exists where the building is not erected wholly on the ground of another, but is built partly on the builder's own ground and encroaches on the land of another. Then the law cannot regulate the rights of the neighbour on the same simple basis as in *implantatio* where by virtue of his acquired ownership he enjoys a free hand. Unlike plants, that part of the structure which is on the neighbour's land is still an integral portion of the whole which is not his property. It cannot simply be demolished. It is treated rather as a trespass by the owner of the building, giving rise, logically, to the action for removal of the encroachment. This action flows from the duty to respect my neighbour's possession (ownership?) in the sense that I must not exclude him wrongfully from the possession (ownership?) of what belongs to him or interfere therewith . . . and it is this action and no other which was instituted in the instant case."

Die regter wys vervolgens daarop dat bogenoemde remedie nie deur Romeins-Hollandse regsgeleerdes erken word in gevalle van implantatio nie. Die betoog namens die eiser dat daar geen verskil tussen inaedificatio en implantatio is nie en dat die grensskeiding in casu 'n bouwerk is, word dus verwerp en absolusie van die instansie word verleen.

Interessantheidshalwe kan daarop gewys word dat die feite van die onderhawige geval wesenlik verskil van die geval waar die verweerder slegs 'n ry bome op sy grond aangeplant en die takke of wortels van dié bome op die eiser se grond oorskry het. Anders as in die geval van 'n oorskrydende bouwerk waar die oorskrydende gedeelte 'n integrerende deel van die bouwerk is en dus nie afgebreek kan word nie, word die benadeelde eienaar in die geval van oorhangende takke of oorskrydende wortels toegelaat om die reg in eie hande te neem en die gewraakte takke of wortels af te kap nadat die eienaar van die bome nie op 'n aanmaning in dié verband gereageer het nie (sien Grotius 2 34 21; Voet 43 27; Van Leeuwen *RHR* 2 21 20; Groenewegen ad *D* 43 27; Van der Keessel *Praelectiones* op Grotius 2 34 21; *Malherbe v Ceres Municipality* 1951 4 SA 510 (A)). Die feit dat die remedies by strukturele oorskrydings in hierdie opsig van plantaardige oorskrydings verskil, beteken egter nie dat daar ook wat ander remedies betref 'n verskil bestaan nie, soos waar in die onderhawige geval aansoek om verwydering van die oorskryding gedoen word. Myns insiens is die takke en wortels van 'n boom net so 'n integrerende deel van die boom as wat 'n oorskrydende gedeelte van 'n bouwerk deel van die bouwerk as geheel is. Deur toe te laat dat takke of wortels op die aangrensende grond oorskry, maak

die grondeienaar dus net soseer inbreuk op die eiendomsreg van sy buurman as wanneer hy 'n bouwerk oprig wat op die buurgrond oorskry. Net soos in die geval van oorskrydende bouwerke, behoort hy dus te kan slaag in 'n aansoek dat die oorskrydende takke en wortels verwyder moet word. Hoewel die bogenoemde Romeins-Hollandse skrywers nie sover gaan om hierdie remedie aan die buureienaar beskikbaar te stel nie, kan gesag vir die beskikbaarheid daarvan in die volgende passasie van appèlregter Hoexter in *Malherbe v Ceres Municipality* 1951 4 SA 510 (A) 518G–H gevind word:

> "Hy het die reg om te kies of hy die oorhangende takke daar sal laat bly of nie. Maar as sy keuse is om die takke daar te laat bly, dan kan hy nie die respondent dwing nie om die blare en akkers te verwyder wat van daardie takke val. As hy wil voorkom dat die blare en akkers van die oorhangende takke op sy grond val, dan moet hy die respondent vra om die takke te verwyder. As die respondent weier om die takke te verwyder en aanspraak maak op die reg om die takke daar te laat bly, dan kan die appellant, afgesien van sy reg om self die takke af te kap, die respondent *dwing om die takke te verwyder* en dan kan hy ook 'n interdik kry wat die respondent verbied om sy takke oor die grond van die appellant te laat hang" (my kursivering).

(Sien ook *Francis v Roberts* 1973 1 SA 507 (RA).) Daar dien in elk geval op gelet te word dat die eienaar nie op die verwydering van 'n oorskrydende bouwerk kan aandring indien hy die oorskryding bewustelik toegelaat het of indien hy binne 'n jaar en 'n dag geen beswaar teen die oorskryding gemaak het nie (sien oa *Frank & Co v Duween* 1919 CPD 299; *Braunschweig Village Management Board v Frohbus* 1938 EDL 25 en Milton "The Law of Neighbours in South Africa" 1969 *Acta Judidica* 239). Interessantheidshalwe kan aangetoon word dat die hof in die geval van 'n oorskrydende bouwerk in sy diskresie kan gelas dat die eienaar van die grond oordrag neem van dié gedeelte van sy buurman se grond waarop oorskry is (sien oa *Van Boom v Visser* (1909) 21 SC 360). Vanselfsprekend sou dié remedie, wat ook in die onderhawige saak aangevra is, te drasties wees in die geval waar slegs takke of wortels van 'n boom op die buurgrond oorskry.

'n Vraag wat uitdruklik deur die regter in die onderhawige saak oopgelaat is (562A), is of daar nie moontlik verdere remedies tot die eiser se beskikking is nie. 'n Moontlike remedie is myns insiens die actio legis Aquiliae op grond van vermoënsverlies wat gely is as gevolg van die wildgroeiende bome, struike en bamboesriete. Die aanplant van hierdie wildgroeiende plante kan net soos die aanplant van giftige gewasse (vgl *Bingham v City Council of Johannesburg* 1934 WLD 180) reeds as 'n onnatuurlike uitoefening van eiendomsreg en dus as 'n onregmatige gedraging beskou word en so ook die versuim om te verhoed dat hierdie plantegroei na naburige grond versprei. In beginsel is daar na my mening weinig verskil tussen die geval waar 'n grondeienaar versuim om te verhoed dat skadelike plantegroei vanaf sy grond na 'n buurman van hom se grond versprei en die geval waar hy toelaat dat 'n vuur, deur wie ook al gestig, van sy grond na sy buurgrond versprei (vgl *Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd* 1973 3 SA 69 (A)). Tot onlangs sou die grootste struikelblok in die weg van 'n suksesvolle Aquiliese remedie die feit gewees het dat die buureienaar moeilik vermoënsverlies in die onderhawige geval sou kon bewys het. Noudat die appèlhof in *Hefer v Van Greuning* 1979 4 SA 952 (A) aanvaar het dat vermoënskade ook suiwer ekonomiese verlies kan wees en aangesien die eiser in dié beslissing ook 'n grondeienaar was wat ekonomiese verlies gepleit het op grond van die feit dat hy nie besit van sy grond kon verkry nie, is dit moontlik dat die appèlhof sal aanvaar dat die koste van die grondeienaar om in die onderhawige geval die oorskrydende bome, struike en bamboesriet te verwyder wel deeglik vermoënskade is wat ingevolge die actio legis Aquiliae verhaal kan word.

Die bewering in die onderhawige

saak dat die bome, struike en bamboesriete deel van 'n gemeenskaplike grensskeiding is, is onaanneemlik aangesien dit duidelik uit die diagram blyk dat dit nooit die bedoeling met die aanplant van die bome was om die bome op die grens te plant nie, maar om dit geheel en al op die verweerder se grond te plant. Die reëls met betrekking tot gemeenskaplike grensskeidings ingevolge waarvan die buureienaars òf medeeienaars van die grensskeiding is en dus nie sonder beide se toestemming en medewerking van die bome kan afkap nie, òf individuele eienaars tot by die middellyn van die skeiding met wederkerige serwitute van sydelingse steun is en dus ook nie arbitrêr van die bome wat die grensskeiding uitmaak, kan verwyder nie, is dus nie op hierdie geval van toepassing nie. Dat hierdie reëls nie slegs op gemeenskaplike mure en houtafskortings van toepassing is nie, maar ook op heinings, blyk duidelik uit *Els v Jansen* 1915 EDL 367 ('n kweperlaning) en die resente *De Meillon v Montclair Society of the Methodist Church of Southern Africa* 1979 2 PH F 68 (D&K) ('n bougainvilleaheining). (Sien ook *Fleming v The Liesbeek Municipality* 3 SC 268 272.)

CG VAN DER MERWE
Universiteit van Stellenbosch

S v McBRIDE 1979 4 SA 313 (W)

Verminderde toerekeningsvatbaarheid – artikel 78(7) *van Wet* 5 *van* 1977

A het sy vrou doodgeskiet terwyl hy in 'n toestand van "endogene terneergedruktheid" verkeer het. Die paneel van drie psigiaters wat ingevolge artikel 79(4)(a) van Wet 51 van 1977 verslag gelewer het, het die genoemde toestand by die appellant ten tyde van die daad gediagnoseer en bevind dat hy derhalwe ontoerekeningsvatbaar was ingevolge artikel 78(6) van die wet. Volgens die verslag was die appellant egter nie sertifiseerbaar ingevolge die Geestesgebrekewet nie en was hy ook verskyningsbevoeg; trouens die appellant is as verhoorafwagtende op borgtog vrygelaat en het intussen 'n werk gevind, wat hy blykbaar met verantwoordelikheid en presiesheid verrig het. Volgens die psigiaters is hy van sy toestand genees en kon die verpligte bevel van aanhouding as staatspresidentspasiënt sy terneergedruktheid weer aanwakker.

Voor regter McEwan is betoog dat 'n beter bevinding sou wees dat die appellant ten tyde van die daad verminderd toerekeningsvatbaar was ingevolge artikel 78(7) van Wet 51 van 1977, dat die hof daardeur 'n diskresie met betrekking tot straftoemeting verkry het en sodoende die hele vonnis kon opskort en die opskorting kon koppel aan voorwaardes wat 'n vroeë waarskuwing van 'n herhaling van die endogene terneergedruktheid sou gee. Uit die regter se uitspraak waarin hy hierdie betoog verwerp, verg ten minste drie aspekte na my mening verdere kommentaar.

Die psigiaters het bevind dat die appellant wel die verkeerdheid ("wrongfulness") van sy handeling kon insien; sy ontoerekeningsvatbaarheid was daaraan te wyte dat hy weens sy toestand nie volgens hierdie insigte kon handel nie. Aangesien die appellant egter selfs in sy "gesonde" toestand ten tyde van die appèl skynbaar nog nie die morele verkeerdheid van sy handeling ingesien het nie – "he felt sure that in similar circumstances he would act in the same way as he did" (320H) – kan die afleiding seker gemaak word dat die woorde "the wrongfulness of his act" as wederregtelik in 'n strafregtelike sin uitgelê moet word. Hoofregter Rumpff het hierdie uitleg deur 'n Amerikaanse hof (*United States of America v Charles Freeman* 357F 2d 606 1966) sonder kommentaar aangehaal in die saak *S v Mnyanda* 1976 2 SA 751 (A), maar dit

moet volgens die feite van die huidige saak myns insiens deel van die ratio vir die beslissing vorm. In die verlede was dit nie vir Suid-Afrikaanse howe nodig om hierdie punt te beslis nie, aangesien die leerstuk van onweerstaanbare drang gewoonlik die ondersoek oorheers het, maar volgens die Engelse howe sou 'n insig in òf die wederregtelikheid òf die morele verkeerdheid van sy handeling voldoende wees om 'n beskuldigde se verweer van ontoerekeningsvatbaarheid uit te sluit (Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd 1 202–5). Regter McEwan het hom ongelukkig nie spesifiek oor hierdie punt uitgelaat nie en daardeur ook die interessante vraag oopgelaat of dit hier gaan oor 'n toets van die algemene insigsvermoë van die dader óf van sy insig in die wederregtelikheid van die gewraakte handeling alleen – 'n onderskeid wat myns insiens noodsaaklik is om ontoerekeningsvatbaarheid van die gebied van wederregtelikheidsbewussyn en mens rea af te baken.

'n Tweede interessante punt is die obiter-bevinding van regter McEwan dat verminderde toerekeningsvatbaarheid ingevolge artikel 78(7) by 'n skuldigbevinding aan moord slegs tot informele strafvermindering aanleiding kan gee, met ander woorde 'n bevinding van versagtende omstandighede by die hoofklag in plaas van die formele metode van 'n skuldigbevinding aan 'n misdaad wat 'n bevoegde uitspraak op die hoofklag is (Hart *Punishment and Responsibility* (1968) 15). Die Rumpff-kommissie het reeds in paragraaf 8 12 van sy kommissieverslag op hierdie keuse gewys, maar het geen voorkeur uitgespreek nie:

> "So 'n toestand sou die hof kan laat bevind dat die beskuldigde aan 'n ander misdaad skuldig is as waaraan hy aangekla is (byvoorbeeld strafbare manslag in plaas van moord dws dit kan bevind word dat die vereiste opset deur die geestestoestand geraak is), of dat dit 'n versagtende omstandigheid is ten opsigte van die aangeklaagde misdaad."

In die huidige saak het regter McEwan dit duidelik gestel dat artikel 78(7) van Wet 51 van 1977 slegs aanwending sou vind indien die beskuldigde aan moord skuldig bevind word (317E). Dit is egter interessant dat by verminderde toerekeningsvatbaarheid as gevolg van intoksikasie, wat tans nog gemeenregtelik gereël word, maar wat twee van die drie psigiaters as die eintlike aanwendingsgebied van artikel 78(7) sien, die prosedure van formele strafvermindering deur middel van die sogenaamde "specific intent"-teorie nog deur die Suid-Afrikaanse regspraak gevolg word.

Die belangrikste aspek van die beslissing is myns insiens die vrae wat in verband met die bestaansreg en geldingsgebied van verminderde toerekeningsvatbaarheid gevra is. Al drie psigiaters was skepties aangaande die nut van so 'n leerstuk:

> "They seemed to suggest that the concept of such 'diminishing' may have existed in the mind of the framer of the statute, but was not based on any clear distinction recognized in medical science."

Hierdie twyfel ten opsigte van verminderde toerekeningsvatbaarheid geld veral by psigiaters en psigoloë met hul Freudiaanse deterministiese siening waarvolgens dit onmoontlik is om iets soos verminderde toerekeningsvatbaarheid te bewys, maar heers ook by juriste soos Silving in die Verenigde State van America, Wootton in Engeland en Bruns in Duitsland. Alhoewel dit gevaarlik vir 'n juris is om hom op psigiatriese gebied te waag, moet 'n moontlike mediese onderskeid tussen verminderde toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid tog uitgewys word, byvoorbeeld dié van die Duitse psigiater, Witter. In 'n bydrae getitel "Die Bedeutung des Psychiatrischen Krankheitsbegiffs für das Strafrecht" 1976 *Festschrift für R Lange* 724 beweer hy dat daar tussen psigoses en neuroties-psigopatiese steuringe onderskei moet word – laasgenoemde groep noem hy 'n afwyking van 'n kwantitatiewe aard, maar die psigoses bestempel hy as 'n afwyking van 'n kwalitatiewe aard, omdat die persoon wat aan 'n

psigose ly buite die normale werklikheid in sy eie wêreldjie leef. Witter neem laasgenoemde abnormaliteit dan as die psigo-patologiese (in plaas van biologiese) kriterium vir "Krankhaftigkeit" – aangesien straf geen doel sal dien nie, baat dit nie om 'n psigotiese persoon te straf nie; aan die ander kant is byvoorbeeld psigopate nog binne die normale ervaringswêreld en kan daar volgens die kwantitatiewe graad van hulle afwyking ook van 'n verminderde toerekeningsvatbaarheid gepraat word.

Indien bogenoemde toets op die saak onder bespreking se feite toegepas word, blyk dit dat die hof se bevinding van ontoerekeningsvatbaarheid klop met die psigiaters se bevinding van 'n psigose by die appellant. Die psigiaters se onvermoë om presiese omstandighede aan te dui waar die appellant se vermoë om volgens sy insigte te handel "verminder" sou gewees het, is ook heel verstaanbaar aangesien dit geensins hulle opdrag is, of behoort te wees nie. Uit 'n kategorisering van die appellant as 'n persoon met 'n psigose (en dus as "krankhaft" volgens Witter se kriterium) behoort 'n hof te kan aflei dat die appellant ontoerekeningsvatbaar is. Indien die appellant aan die ander kant deur die psigiaters as byvoorbeeld 'n psigopaat gekategoriseer is, sou die hof self kan aflei dat die beskuldigde nie "krankhaft" is nie, en dus toerekeningsvatbaar. Nou is dit weer eens die hof (nie die psigiaters nie) se taak om self op grond van alle *psigiese* data wat deur middel van die psigiaters in verband met die appellant beskikbaar is, sy weerstandsvermoë te vergelyk met dié van 'n sekere *norm* en te besluit in watter mate sy verwytbaarhaid daardeur verlaag is. Hierdie werkwyse word deur Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts* (1978) 354 as die "psychisch-normative Methode" bestempel, in teenstelling met die vroeëre "biologisch-psychologische Methode," soos die "gemengde kenmerk" ook in paragraaf 2: 14 van die verslag van die Rumpff-kommissie uiteengesit word.

Hierdie skeiding tussen psigiese getuienis en 'n normatiewe beoordeling is na my mening reeds deur hoofregter Rumpff in die *Mnyanda*-saak gemaak, soos blyk uit die volgende aanhaling (766H):

> "By die vasstelling of 'n persoon toerekenbaar gereken moet word of nie, en of daar verminderde toerekenbaarheid is of nie, moet soos reeds gemeld, die wilsbeheervermoë van so 'n persoon oorweeg word aan die hand van sodanige getuienis as wat beskikbaar is, insluitende die psigiatriese of klinies-sielkundige getuienis. Soos reeds gesê, is die blote feit dat 'n beskuldigde klinies as 'n psigopaat beskou word, nie 'n grond waarop 'n beskuldigde as verminderd toerekenbaar bevind moet word nie. Alleen dan wanneer ten opsigte van 'n bepaalde misdaad bevind word dat die psigopatiese steuring van so 'n graad was dat die wilsbeheervermoë tot so 'n mate verswak is dat hy volgens 'n morele beoordeling minder verwytbaar is as wanneer hy nie so 'n verswakking van wilsbeheervermoë sou gehad het nie, bestaan daar 'n verminderde toerekenbaarheid."

Daar word aan die hand gedoen dat so 'n "siekte"-diagnose (in verband met "Krankhaftigkeit") nie 'n vreemde gebied vir psigiaters sal wees nie; die feit dat die reg en die hof ontoerekeningsvatbaarheid volgens 'n sekere regskriterium daaraan koppel, is aan die ander kant 'n normatiewe veld wat wél vir hulle vreemd is en waarop hulle nie behoort te oortree nie. Net so is dit die psigiaters se taak om so 'n volledig moontlike psigiese beeld van 'n nie-"krankhafte" beskuldigde aan die hof te gee, maar hulle behoort nie in te meng met die normatiewe beoordeling van hierdie en ander getuienis deur die hof in sy verwytbaarheidsoordeel nie. Voor sy finale besluit in verband met die teenwoordigheid van versagtende omstandighede by 'n klagte van moord, sal die hof ook nog ander faktore wat 'n beskuldigde se verwytbaarheid kan verlaag of verhoog op die skaalpanne moet plaas, soos byvoorbeeld die ouderdom van die beskuldigde, of hy dronk was, of daar provokasie was, ensovoorts.

In die lig van bostaande is die sogenaamde "biologiese kenmerke" van

artikel 78 ("'n geestesongesteldheid of 'n geestesgebrek") miskien nie wyd genoeg geformuleer vir gebruik by verminderde toerekeningsvatbaarheid nie. Aangesien "geestessiekte" ("Krankhaftigkeit") reeds die voorgestelde kwalitatiewe onderskeid tussen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid vorm, kan geestesongesteldheid myns insiens nie meer die oorsaak van ook verminderde toerekeningsvatbaarheid wees nie, en ook die woord "geestesgebrek" is na my mening nie beskrywend genoeg by verminderde toerekeningsvatbaarheid nie. In die Duitse reg word die biologiese kenmerke in artikels 20 en 21 van die Duitse strafkode as "krankhafte seelische Störung," "tiefgreifende Bewusstseinstörung," "Schwachsinn" of "eine schwere andere seelische Abartigkeit" wyd genoeg geformuleer om bogenoemde probleem uit te skakel; trouens, hierdie kenmerk dek ook ontoerekeningsvatbaarheid en verminderde toerekeningsvatbaarheid wat deur intoksikasie en heftige gemoedsbewegings veroorsaak word, faktore wat in Suid-Afrika ten minste by verminderde toerekeningsvatbaarheid relevant is.

Ten slotte moet daar gewys word op regter McEwan se bespreking van die moontlikheid om 'n verminderd toerekenbare se vonnis in die geheel op te skort op voorwaardes wat tot sy rehabilitasie sal lei en ook die gemeenskap sal beskerm. Hiermee kan gekontrasteer word Roux *Die Psigopaat* se mening dat die psigopaat se verminderde toerekeningsvatbaarheid nie 'n verminderde vonnis tot gevolg behoort te hê nie, maar wel 'n andersoortige vonnis, 'n houding wat reeds in die praktyk (*Mnyanda* 767B) en in die akademie (*CILSA* 1976 30) gekritiseer is. Juis by verminderde toerekeningsvatbaarheid kom die verminderde verwytbaarheid van die dader in skerp botsing met die groter behoefte vir rehabilitasie by die dader en vir beskerming by die gemeenskap. Indien 'n oplossing soos in die huidige saak realiseerbaar is, sal dit help om hierdie teenstrydigheid te versoen en behoort dit aangemoedig te word, veral in die lig van die avontuurlike nuwe benadering tot straftoemeting wat deur die Viljoen-kommissie (sien 1978 *SALJ* 250) en die praktyk (*S v Edward* 1978 1 SA 317 (NK)) aanbeveel word.

DP VAN DER MERWE
Universiteit van Port Elizabeth

MINISTER VAN POLISIE v GAMBLE 1979 4 SA 759 (A)

State liability – wrongful arrest by policeman – whether minister of police liable

Joubert JA in *Minister van Polisie v Gamble* 1979 4 SA 759 (A) has held clearly that the state is vicariously liable for an unlawful arrest made by a police officer, acting in his capacity as such within the scope of his employment, i e when he is about police business. The judge of appeal added that a police officer is always, when he is about police business, under the command, supervision and control of his seniors, and thus under the control of the state. It cannot be said that pro hac vice he is not an employee or servant of the state when he exercises a statutory discretion within the scope of his employment (768A–B).

The process of rationalizing this important area of our law has been slow and each step has been subject to academic criticism (see for instance Milton 1967 *SALJ* 25; Burchell 1977 *Annual Survey* 209–211; Kotzé 1977 *De Jure* 270; Burchell 1978 *Annual Survey* 269–271; Forsyth 1979 *SALJ* 12) and even differing views amongst judges of the same provincial division (compare *Naidoo v Minister van Polisie* 1976 4 SA 954 (T) and *Mhlongo v Minister of Police* 1977 2 SA 800 (T)). A certain amount of clarity was achieved by the judgment of

Corbett JA in *Mhlongo v Minister of Police* 1978 2 SA 551 (A) but in this case the judge of appeal drew a distinction between the policeman's *decision* to make an arrest and the *means* employed by him to effect the arrest. Corbett JA stated that there was much to be said for the view that the decision of a policeman to arrest without warrant is a "function over which his employer, the State, has no power of direction or control" (568H). The judge of appeal had earlier in his judgment concluded that all members of the police force are prima facie servants of the state and that the state will incur vicarious liability unless it is shown that the policeman was engaged upon "a duty or function of such a nature as to take him out of the category of servant *pro hac vice*" (567E–F). For the policeman to be taken out of this category, the duty or function must be "personal" to the policeman in the sense that the state is "so deprived of the power to direct or control him in carrying out his duty or function . . ." (567F–G). It would therefore appear that according to *Mhlongo*'s case a policeman when he is deciding to arrest without a warrant may, for that brief moment, be taken pro hac vice out of the category of state servant. In *Mhlongo*'s case the state was held liable for a policeman's *method* of arrest and so, strictly speaking, it was not necessary for the court to consider whether liability for the *decision* to arrest existed. Nevertheless this distinction between *decision* to arrest and *method* of arrest would confer upon a policeman an unusual chameleonic ability to be a servant of the state at one moment and then at the next to cease to be a servant of the state (when he decides to arrest), only a split second later to become a servant once again (when he effects the arrest) (1977 *Annual Survey* 210).

Joubert JA in *Damble*'s case pointed out that in *Mhlongo* it was unnecessary for the court to decide whether there is state liability for an unlawful arrest effected by a policeman exercising his own discretion to arrest without a warrant and while he is about police business (765–6).

Turning to the decision of the appellate division in *British South Africa Co v Crickmore* 1921 AD 107 and the Natal Provincial Division in *Lawford v Minister of Justice and Schmidt* 1914 NPD 284, Joubert JA in *Gamble*'s case held that it was unnecessary for the court to consider the correctness of those decisions as they were distinguishable from *Gamble*'s case. In both *Crickmore* and *Lawford* the relevant statutory provisions *personally obliged* the policeman to arrest and he was not acting under the supervision or control of his master or on the latter's instructions. However, the provisions of the Police Act 7 of 1958 and section 40(1) of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 (previously s 22(1) of Act 56 of 1955), which were relevant in *Gamble*, do not cast upon the policeman a *duty* to arrest without warrant. These provisions merely *empower* a policeman to arrest (766–7). The police constable in *Crickmore*'s case was by statute personally obliged to arrest and therefore the British South Africa Company (the alleged master) did not have any right or power to control him when he was deciding to arrest someone. Similarly the member of the defence force acting as a police officer in *Lawford*'s case was by statute personally obliged to arrest and so the minister of justice did not have the right or power of control over him when he decided to arrest. In both cases one could say that "control" was exercised through statute rather than through the British South Africa Company or the minister of justice. Therefore neither the British South Africa Company nor the minister of justice was held liable for the delict of the policeman.

Joubert JA concluded that a police officer is a servant of the state and that according to section 4 of the Police Act 7 of 1958 the commissioner of police (subject to instructions from the minister of police) has command, supervision and control over policemen. The judge of appeal concluded that the measure of

discretion conferred on a policeman is not inconsistent with a master-servant relationship (quoting *R v Feun* 1954 1 SA 58 (T) 61A).

Corbett JA in *Mhlongo*'s case had stressed the prime importance of the control test as a factor in determining a master-servant relationship (567–8). Jouber JA in *Gamble*'s case quoted a passage from his own judgment in *Smit v Workmen's Compensation Commissioner* 1979 1 SA 51 (A) 62D–G to the effect that the control test is merely a factor, albeit an important one, and that there may be other factors which can be considered in determining whether a master-servant relationship exists. It is clear from Joubert JA's judgment in *Smit*'s case that he rejected the "organization" or "enterprise" test (on this test see 1977 *Annual Survey* 209–211).

The judgment of Joubert JA in *Gamble*'s case is most welcome. It brings clarity and logicality to the law of state liability and indicates that in future we will, fortunately, not have to distinguish between the decision to arrest and the means of arrest (as was done in *Van der Westhuisen v Die Minister van Polisie* 1979 1 PH J32 (C)). Unlawful arrests constitute a serious encroachment on individual liberty (see for instance the remarks of Muller JA in *Areff v Minister van Polisie* 1977 2 SA 900 (A) 914G). It is therefore gratifying to find the basis of the liability of the minister of police for delicts of policemen broadened to include liability for every stage of an unlawful arrest committed by a policeman in the scope of his employment and the legacy of principles based on the peculiar status of the police force in England (see Milton 1967 *SALJ* 25) fading into obscurity.

JM BURCHELL
University of the Witwatersrand

EX PARTE THE REGISTRAR OF THE SUPREME COURT BOPHUTHATSWANA 1980 1 SA 572 (B)

Lasbrief vir beslaglegging – vonnis verkry in Republiek – tenuitvoerlegging in Bophuthatswana – hoe dit moet plaasvind

Die toepaslike feite was kortliks die volgende: Aksie is deur die eiser, Latif & Co teen die verweerder, FM en SM Southwood, wat handel dryf as Gopane Trading Store te Gopane, distrik Lehurutshe, Bophuthatswana, in die Transvaalse Provinsiale Afdeling van die hooggeregshof ingestel. Vonnis by verstek is verkry en die griffier van die gemelde afdeling het 'n lasbrief vir beslaglegging en eksekusie uitgereik. Die adjunk-balju van die distrik Lehurutshe het magtiging tot uitvoering van gemelde lasbrief van die griffier van die hoërhof van Bophuthatswana kragtens hooggeregshofreëls 4(10) en (11) aangevra. Magtiging is daartoe verleen en beslag is gelê op eiendom van die verweerder, welke eiendom daarna in eksekusie verkoop is. Die opbrengs is egter, met toestemming van die griffier, en in afwagting op die uitslag van hierdie aansoek om 'n verklarende bevel, teruggehou. Die vraag was:

> "Can a writ of attachment and execution issued by a Division of the Supreme Court of South Africa in respect of a person domiciled in Bophuthatswana and in respect of goods kept or situated within Bophuthatswana he served and executed as if it is a judicial process issued by this Court, and without reference to any authority or official in Bophuthatswana?" (573C).

Tersaaklike wetgewing wat vir die ratio decidendi van die hof nodig was, word eers aangestip:

Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959

Artikel 26(1)

"Die siviele prosesstukke van 'n provinsiale of plaaslike afdeling, geld dwarsdeur die Republiek en kan in die regsgebied van enige afdeling bestel of ten uitvoer gelê word."

Grondwet van die Swart State 21 van 1971

Artikel 34 handel oor die bevoegdheid van die staatspresident van die Republiek van Suid-Afrika om 'n hoërhof vir 'n selfregerende gebied in te stel. Artikel 34(2E) bepaal:

"Die prosesstukke van so 'n Hoërhof geld dwarsdeur die Republiek en die gebied Suidwes-Afrika en kan in die regsgebied van enige afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika of van 'n ander Hoërhof, ingestel kragtens 'n Parlementswet, bestel of ten uitvoer gelê word."

Wet op die Status van Bophuthatswana 89 van 1977

Artikel 1(1):

"Die gebied wat Bophuthatswana heet . . . word hierby tot 'n soewereine en onafhanklike staat verklaar . . ."

Artikel 2(2):

"Tensy anders ooreengekom tussen die Regering van die Republiek en die Regering van Bophuthatswana . . . oefen geen gesag of persoon in die Republiek enige bevoegdheid of gesag uit of verrig hy enige werksaamheid in of ten opsigte van Bophuthatswana nie ingevolge 'n wet wat uit hoofde van subartikel (1) in Bophuthatswana van krag bly."

Proklamasie op die Hoërhof van Bophuthatswana R76 – 1977 SK 5518 27 April 1977

Regulasie 1(2)(c):

"Die prosesstuk van 'n afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika, 'n Bantoe-appèlhof en 'n Bantoe-egskeidingshof geld in die regsgebied van die Hoërhof en enige vonnis of bevel van sodanige afdeling of hof het regskrag in die regsgebied van die Hoërhof en kan in die regsgebied daarvan beteken en ten uitvoer gelê word asof dit 'n prosesstuk vonnis of bevel van die Hoërhof is."

Regulasie 17(1):

"Die bepalings van a 26(1) van die Wet op die Hooggeregshof 1959 (Wet 59 van 1959) is van toepassing op prosesstukke van die hof."

Regulasie 24(2):

"Wanneer 'n versoek om die bestelling aan iemand in die gebied van 'n siviele prosesstuk of sitasie wat van 'n Staat, gebied of hof buite die Republiek ontvang is, deur die Sekretaris aan die griffier gestuur word, tesame met 'n vertaling in Afrikaans of Engels, indien die oorspronklike in 'n ander taal is, en 'n mededeling dat die Minister dit wenslik ag dat daaraan gevolg gegee word, laat die griffier bedoelde prosesstuk of sitasie ooreenkomstig die hofreëls bestel deur die balju of adjunkbalju of iemand wat 'n regter van die Hof spesiaal vir daardie doel aangestel het."

Grondwet van die Republiek van Bophuthatswana 18 van 1977

Artikel 89(1):

"Ondanks die bepalings van artikel 98(1), word daar geag dat die Hoërhof, wat kragtens artikel 34 van die Grondwet van die Swart State 1971 (Wet 21 van 1971), ingestel is, soos dit onmiddellik voor die inwerkingtreding van hierdie Grondwet saamgestel is, die Hooggeregshof is en dat dit as sodanig in die lewe geroep en saamgestel is kragtens artikel 59(1)."

Artikel 91(b):

". . . word die wette, wat onmiddellik voor die inwerkingtreding van hierdie Grondwet van toepassing is op die Hoërhof waarna in artikel 89(1) verwys word, *mutatis mutandis* toegepas op die Hooggeregshof: Met dien verstande dat enige verwysing in enige sodanige wet na die 'Minister van Bantoe-Administrasie en -Ontwikkeling' en die 'Sekretaris van Bantoe-Administrasie en -Ontwikkeling' uitgelê word asof dit 'n verwysing na die Minister van Wet en Orde en die Sekretaris van Wet en Orde onderskeidelik is . . ."

Hoofregter Hiemstra, wat die uit-

spraak gelewer het, het drie tydsfases of stadia onderskei. Eerstens die posisie *voor* onafhanklikheidswording van Bophuthatswana, tweedens die gemeenregtelike posisie en derdens die posisie *na* onafhanklikheidswording.

Die eerste stadium word deur artikel 26(1) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959, artikel 34(2E) van die Grondwet van die Swart State 21 van 1971 en regulasies 1(2)(c) en 17(1) van Proklamasie R76 – 1977, SK 5518 van 27 April 1977 gereël. Die effek was dat die hoërhof van Bophuthatswana op gelyke voet met 'n provinsiale of plaaslike afdeling van die hooggeregshof van die Republiek van Suid-Afrika geplaas was. Enige siviele prosesstukke van sodanige howe kon ook in mekaar se regsgebiede bestel of ten uitvoer gelê word. Afsonderlike soewereine state was nog nie ter sprake nie en dus was die posisie nog soos Kahn dit in 1975 gestel het in Hahlo (bylae oor jurisdiksie en internasionale privaatreg deur Kahn) *The South African Law of Husband and Wife* (1975) 642 vn 1:

> "[W]e are not beset with intra-State problems of recognition as eg are Australia and the USA."

Hoofregter Hiemstra het geen probleme ondervind met die erkenning en afdwinging van Suid-Afrikaanse vonnisse in hierdie tydfase nie, veral omdat 'n wederkerige situasie van erkenning en afdwinging geskep is (575B).

Vervolgens word die gemeenregtelike posisie uiteengesit waarvolgens 'n vreemde hof se vonnis nie direk, behoudens wetteregtelike reëling, in 'n land erken of afgedwing word nie. Slegs as aan sekere vereistes voldoen is, kan die vonnisskuldeiser, met die vreemde hof se vonnis as aksiegrond, die plaaslike hof nader by wyse van voorlopige vonnisprosedure of aansoek by wyse van kennisgewing van mosie (575C–F). Op grond van die plaaslike hof se bevel kan die skuldeiser byvoorbeeld 'n lasbrief vir beslaglegging en eksekusie beteken en laat uitvoer.

Die derde stadium, naamlik die effek van onafhanklikheidswording op die bestaande regsposisie, word dan ondersoek. Wetgewing wat ter sake bevind word, is artikel 89(1) van die Grondwet van die Republiek van Bophuthatswana 18 van 1977 wat die hoërhof vervang met die hooggeregshof van Bophuthatswana, artikel 2(2) van die Wet op die Status van Bophuthatswana 89 van 1977 en artikel 91(b) van die Grondwet van die Republiek van Bophuthatswana 18 van 1977. Die argument van die advokaat was dat die regsvraag reeds wetteregtelik gereël is. Die grondwet van Bophuthatswana maak in artikel 91(b) al die wette, insluitende regulasie 1(2)(c) van Proklamasie R76 – 1977, wat op die hoërhof van Bophuthatswana van toepassing was, mutatis mutandis op die hooggeregshof van die Republiek van Bophuthatswana van toepassing (574 C–D 576F–G).

Hiermee het hoofregter Hiemstra nie saamgestem nie. Effek kan aan die regulasies (ook reg 1(2)(c)) gegee word slegs "subject to the necessary alterations" (betekenis van mutatis mutandis soos uitgelê in *Big Ben Soap Industries Ltd v Commissioner for Inland Revenue* 1949 1 SA 740 (A) 751 en *South African Fabrics Ltd v Millman* 1972 4 SA 592 (A) 600D). Om volle effek aan onafhanklikheid te gee, moet regulasie 1(2)(c) geskrap word (577E). Geen onafhanklike staat sal, by gebrek aan ooreenkoms en 'n magtigende wet, toelaat dat 'n vreemde hof se prosesstukke ten uitvoer gelê word in sy gebied nie. Die regsposisie met betrekking tot die *uitvoering* van Suid-Afrikaanse hofbevele is daarom aangewys op die gemenereg. Enige Suid-Afrikaanse hofbevel moet eers in 'n hofbevel van Bophuthatswana omskep word vir uitvoering daarvan. Dit kan by wyse van voorlopige vonnis of mosieprosedure geskied. Vir die *betekening* van prosesstukke moet egter in ooreenstemming met regulasie 24(2) opgetree word.

Alhoewel die advokaat vir die applikant, en ook Brooks (577G–H), die standpunt gehuldig het dat onafhanklikheid nie meer 'n absolute begrip is nie, en gedeeltelike afstanddoening van

'n aspek van soewereiniteit steeds met onafhanklikheid versoenbaar is, stem ek met hoofregter Hiemstra se beslissing saam. Die voortbestaan van die situasie voor onafhanklikheidswording, 'n eensydige territoriale ingryping van 'n vreemde land se hofbevele, bots té lynreg met die hele gees van 'n onafhanklike staat. Kahn 1977 *Annual Survey* 564 verklaar:

> "Bophuthatswana became an independant republic on 6 December 1977, and the High Court, which had not, strictly speaking, been part of the Supreme Court of South Africa but had been a superior court within South Africa, *ceased to have any legal link to South Africa*" (my kursivering).

Selfs in 'n federasie soos die Verenigde State van Amerika waar artikel IV(1) van hulle grondwet bepaal:

> "Full faith and Credit shall be given in each State to the Public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State . . ."

moet vir die uitvoering van 'n siviele vonnis nog steeds, by gebrek aan 'n "interstate compact," 'n vonnis van die plaaslike staat se hof verkry word (Chase en Ducat *Constitutional Interpretation* (1974) 667–671). Cheshire *Private International Law* (1974) 629 stel dit ook duidelik dat nieteenstaande die problematiek van onuitgevoerde vreemde vonnisse, territoriale soewereiniteit 'n beletsel op uitvoering daarvan in 'n vreemde land plaas en slegs 'n internasionale ooreenkoms die probleem kan oplos. Tensy uitdruklik anders ooreengekom, bly die kriteria oor erkenning en afdwinging van vreemde vonnisse, naamlik gerief, vermyding van dubbele litigasie, internasionale orde en stabiliteit steeds ondergeskik aan die territoriale soewereiniteit van 'n staat.

JY CLAASEN
Universiteit van die Oranje-Vrystaat

ROODIA BELEGGINGS (FLORA) (EDMS) BPK v MARAIS 1979 4 SA 488 (T)

Koopkontrak van grond – skrif – kontrak gesluit deur maatskappy

Die feite in die onderhawige beslissing was kortliks die volgende: Die eisermaatskappy het mondelinge volmag gegee aan 'n verteenwoordiger om namens hom 'n koopkontrak van grond te sluit. Die verteenwoordiger was nie 'n direkteur of werknemer van die maatskappy nie. Die vraag ontstaan of sodanige optrede geldig was ingevolge die Wet op Formaliteite met betrekking tot Koopkontrakte van Grond 71 van 1969.

Regter De Villiers (490F–H) stel artikel 1(1) van hierdie wet teenoor artikel 69 van die Maatskappywet 61 van 1973. Artikel 1(1) bepaal onder meer dat geen koopkontrak van grond van krag is nie, tensy dit skriftelik gesluit is. Indien die partye tot die kontrak dit nie self sluit nie, moet hulle verteenwoordigers wat handel op hulle skriftelike gesag dit namens hulle sluit. Hierteenoor staan artikel 69 wat bepaal op welke wyse kontrakte namens maatskappye aangegaan kan word. Subartikel (1)(a) bepaal dat 'n maatskappy geldiglik 'n kontrak wat regtens op skrif moet wees, kan aangaan deur 'n persoon "wat handel kragtens magtiging van die maatskappy, hetsy uitdruklik of stilswyend." Subartikel (1)(b) handel oor mondelinge kontrakte namens maatskappye aangegaan en bepaal dat ook so 'n kontrak mondeling namens die maatskappy aangegaan kan word deur iemand wat kragtens uitdruklike of stilswyende magtiging van die maatskappy gehandel het. Beide subartikels bepaal dat die kontrak op dieselfde wyse gewysig of ontbind kan word.

Die vraag wat vervolgens beant-

woord moes word, was welke van die twee botsende artikels voorrang moes geniet. Die regter was van mening dat dit die doel van die wetgewer was deur al die jare se bepalings en herbepalings van artikel 1

> ". . . om duidelikheid te verkry met betrekking tot die bepalings van 'n koopkontrak van grond om sodoende te verhoed dat onnodige hofgedinge aanhangig gemaak word met betrekking tot dit wat ooreengekom is tussen die partye" (491A–B).

In hierdie verband verwys hy na *Wilken v Kohler* 1913 AD 135; *Estate Du Toit v Coronation Syndicate Ltd* 1929 AD 219; *Neethling v Kloppers* 1967 4 SA 459 (A) en *Clements v Simpson* 1971 3 SA 1 (A). Regter De Villiers verklaar voorts dat

> ". . . opsommenderwys gesê kan word dat die wetlike vereiste van skrif hoofsaaklik daarop gemik is om onnodige dispute te voorkom."

Die verweerder het aangevoer dat indien 'n mens aanneem dat die doel van die wetgewer was om onsekerheid uit die weg te ruim, die Maatskappywet ook gelees moet word as sou 'n skriftelike volmag vereis word (491E–F). Die regter stem egter nie saam nie. Die woorde in artikel 69 is volgens hom duidelik (491G–H). In 'n interessante historiese vergelyking (491H–492F) dui hy aan dat waar deur al die herbepalings daar konstant voorgeskryf is dat koopkontrakte van grond op skrif moet wees, asook die magtiging tot die sluiting daarvan, die Maatskappywet nie altyd dieselfde bepalings gehad het nie. In 1909 is deur artikel 74 van Wet 31 bepaal dat waar 'n kontrak skriftelik gesluit moes wees, die magtiging ook skriftelik gegee moes word. In 1926 is dit vervang deur artikel 72(1) van die vorige Maatskappywet wat in wese dieselfde is as die huidige artikel 69. Regter De Villiers meen dat die gevolgtrekking hieruit gemaak moet word dat die wetgewer doelbewus 'n verandering daargestel het op die gebied van die Maatskappywet en dat 'n maatskappy gevolglik nie aan die formaliteite hoef te voldoen nie. Hy steun vir hierdie standpunt op *SA Sentrale Koöperatiewe Graanmaatskappy Bpk v Thanasaris* 1953 2 SA 314 (W) 317G–H. Gevolglik word uitspraak gegee ten gunste van die eiser.

Eerstens moet erken word dat regter De Villiers gelyk het deur te aanvaar dat die doel van Wet 71 van 1969 is om sekerheid te bevorder en dispute te voorkom. Dit is vyftig jaar gelede reeds treffend geformuleer deur appèlregter Stratford in *Estate Du Toit* supra 224:

> "Thus the object of the formality of a written contract . . . is to have such certainty as a written document affords as will avoid subsequent disputes as to what was really agreed upon."

In hierdie verband verwys hy na *Wilken v Kohler* supra 142. Hierdie dictum is aanvaar deur hoofregter Steyn in *Neethling v Klopper* supra 464E–F. Hy verklaar dat dit die oogmerk met die artikel is om

> ". . . onsekerheid en geskille omtrent die inhoud van sulke kontrakte te voorkom en moontlike wanpraktyke teen te werk."

Dit word deur die appèlhof herbevestig in *Clements v Simpson* supra.

Gesien in die lig van wat ons hoogste hof al van hierdie bepalings gesê het, is hierdie bedoeling van die wetgewer baie belangrik en moet groot gewig daaraan verleen word in die interpretasie van kontrakte. Nie alleen is die besondere inhoud van die kontrakte van belang nie, maar ook die wyse waarop die kontrak tot stand kom. Indien dáároor twyfel bestaan, word die geldigheid van die kontrak in die breedste sin van die woord ook geraak. Daarom is dit van dieselfde belang dat die magtiging van 'n verteenwoordiger ook op skrif gegee word.

Onsekerheid en geskille kan baie maklik ontstaan indien daar nie duidelikheid bestaan omtrent die vraag wie die bevoegdheid het om die kontrak te teken nie. Dit is baie maklik om voor te

gee dat 'n sekere persoon volmag het, terwyl dit inderdaad nie die geval is nie. Sulke gevalle kan daartoe aanleiding gee dat daar onnodige dispute ontstaan en gevolglik sal die oogmerk van die wetgewer verydel word.

Tweedens moet daar gekyk word na artikel 69 van die Maatskappywet. Die doel hiervan was waarskynlik dat dit vir maatskappye makliker gemaak moet word om aan die regsverkeer deel te neem by wyse van die sluit van kontrakte. Soos reeds gesê, was die bepalings van artikel 74 van Wet 31 van 1909 beperkend. Ingevolge hierdie artikel is vereis dat die persoon wat namens die maatskappy 'n kontrak op skrif aangaan, skriftelike opdrag van twee direkteure moet hê of van een direkteur indien daar slegs een direkteur is. Dit is nie moeilik om jou voor te stel dat dit soms probleme kon oplewer om die vereiste magtiging te verkry nie.

Daar word aan die hand gedoen dat die bepalings van artikel 72 van die vorige Maatskappywet en die huidige artikel 69 in die lig hiervan gelees behoort te word. Die vorige prosedure was omslagtig. Die nuwe reëling moes meer soepel wees, maar darem seker weer nie so vry dat alle regsekerheid oorboord gegooi word nie. Daar moes dus êrens 'n goue middeweg gesoek word.

Om hierdie goue middeweg te vind, moet daar in gedagte gehou word dat die statute van 'n maatskappy 'n belangrike rol speel deurdat daarin uiteengesit word welke persone bevoeg is om namens die maatskappy te handel. Volgens die bewoording van die Afrikaanse teks van artikel 69 (welke teks onderteken is) is die magtiging van toepassing op "iemand" wat namens die maatskappy 'n kontrak aangaan wat op skrif moet wees, terwyl die Engelse teks die woorde "any person" bevat. Regter De Villiers merk op (492H) dat dit op enige persoon slaan, nie alleen iemand in diens van die maatskappy nie. Myns insiens kan daar nie met hierdie standpunt saamgestem word nie. Hierdie artikel behoort saamgelees te word met die statute van die maatskappy, waar daar bepaal word welke persone (ampte) namens die maatskappy kan handel. Indien in gedagte gehou word dat die doel van artikel 69 en sy voorganger was om deelname van die maatskappy aan die handelsverkeer te vergemaklik, volg dit dat alleen bevoegde persone (ingevolge die statute) namens die maatskappy kontrakte kan aangaan wat op skrif moet wees, sonder dat skriftelike toestemming *weer eens* verkry hoef te word. Die statute kan as't ware as die oorspronklike magtiging beskou word vir die gemagtigde om die besondere kontrak aan te gaan. In die lig van wat dus hier betoog is, volg dit dat indien 'n ander persoon, sy dit 'n werknemer, sy dit 'n buitestaander, die kontrak sluit, skriftelike magtiging nog steeds vereis word. In elk geval moet die woorde "any person" in die Engelse weergawe nie so algemeen gelees word nie.

Op die oog af beteken die woorde in artikel 69(1)(a) "kragtens magtiging van die maatskappy" dat enigeen wat op die een of ander manier gemagtig is, die kontrakte kan sluit. Gesien in die lig van bogenoemde moet dit egter beperk word. Die beperkende uitleg het ook die baie belangrike rol dat daar nie strydigheid bestaan tussen die bepalings van artikel 1 van wet 71 van 1969 en artikel 69 nie. Sodoende word die regsekerheid wat deur artikel 1 vereis word, vergemaklik. Indien die bedoeling van die wetgewer wel was dat enige kontrak vir 'n maatskappy aangegaan kan word deur enigeen, ongeag die aard van sy magtiging, sal die deur wyd oopgemaak word vir dispute. Daar sal maklik gelitigeer kan word omtrent die identiteit van die partye en of die nodige magtiging verkry is. Waarom so 'n wye bevoegdheid in elk geval aan 'n maatskappy gegee moet word en nie aan elke indiwidu nie, is nie duidelik nie. Indien die voorgestelde restriktiewe interpretasie gevolg word, word verklaar waarom daar 'n mate van 'n uitsondering gemaak word vir maatskappye.

Ten slotte kan daar verwys word na die *Thanasaris*-saak. Hoewel dit nie uit

die beslissing self blyk wat die voorskrifte van die statute in hierdie verband was nie, kan die *Thanasaris*-saak tog van die saak onder bespreking onderskei word, aangesien die sekretaris in daardie geval namens die maatskappy 'n kontrak aangegaan het. Verder was hierdie aangeleentheid 'n eksepsie en het alle feite nie na vore gekom nie.

PIETER PAUW
Johannesburgse Balie

S v M 1979 4 SA 1044 (B)

The accused's right do remain silent – section 115 *of Act* 51 *of* 1977

Section 115 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 deals with the plea of not guilty, and reads as follows:

> "(1) Where an accused at a summary trial pleads not guilty to the offence charged, the presiding judge, regional magistrate or magistrate, as the case may be, may ask him whether he wishes to make a statement indicating the basis of his defence.
> (2) (a) Where the accused does not make a statement under subsection (1) or does so and it is not clear from the statement to what extent he denies or admits the issues raised by the plea, the court may question the accused in order to establish which allegations in the charge are in dispute.
> (b) The court may in its discretion put any question to the accused in order to clarify any matter raised under subsection (1) or this subsection, and shall enquire from the accused whether an allegation which is not placed in issue by the plea of not guilty, may be recorded as an admission by the accused of that allegation, and if the accused so consents, such admission shall be recorded and shall be deemed to be an admission under section 220.
> (3) Where the legal adviser of an accused on behalf of the accused replies, whether in writing or orally, to any question by the court under this section, the accused shall be required by the court to declare whether he confirms such reply or not."

Section 115 has been a notoriously controversial one. One of the controversial issues arising out of this section concerns the accused's right to remain silent by declining to make a statement indicating the basis of his defence or to answer questions.

This issue bifurcates into the following questions:

1 Should the presiding judicial officer inform the accused of his right to remain silent?

2 Can any adverse inference be drawn against the accused if he elects to remain silent?

Clearly these two questions dovetail with each other, and both are adjudicated upon in *S v M* 1979 4 SA 1044 (B), a judgment of chief justice Hiemstra.

1 *Should the judicial officer inform the accused of his right to remain silent?*

Early on the hope was expressed that re section 115 the supreme court would develop the necessary protections for the accused, for example by requiring the judicial officer to enlighten the accused as to his right to remain silent (see Van Rooyen 1977 *South African Journal of Criminal Law and Criminology* (*SACC*) 3; Nairn 1978 *SACC* 91).

In *S v Thomas* 1978 2 SA 408 (B) Hiemstra CJ appeared to adopt an opposing standpoint when he stated:

> "Magistrates sometimes 'warn' an accused that he need not say anything at the stage of explanation of plea. That is also wrong. There is no warning. On the contrary, there is an invitation to speak."

Thereafter is *S v Muzikayifani* 1979 2 SA 516 (D) 520B, Law AJ stated:

> "It was argued on behalf of the accused

that the whole proceedings before the magistrate were irregular because the magistrate did not advise the accused that they were not obliged to make a statement in terms of sec 115. *I am of the view that it is desirable that an accused person should be advised of his right to remain silent if he chooses to do so*, but in view of the circumstance that s 115 was designed to enable the court to ascertain the basis of an accused's defence, I am of the view that an omission to give such advice does not amount to an irregularity or impropriety. In this regard I refer to *S v Thomas*, to which I have already referred, at 410" (my emphasis).

In *S v M*, after considering both the cases quoted above, Hiemstra CJ states (1049G):

"Wesenlik gaan die geskil oor die vorm van die waarskuwing."

Hiemstra CJ then suggests that the explanation of plea stage be introduced by the following words being addressed to the accused (1050B):

"Wil jy 'n verklaring doen wat die grondslag van jou verdediging aandui? Die hof is geregtig om in elk geval vrae te stel om te bepaal wat jou verweer is, maar jy is nie verplig om daarop te antwoord nie."

In *S v M*, therefore, a warning to the accused that he has a right to remain silent is envisaged as being in order. The provisions of section 115 should be explained to the accused in such a way that, while he is given the opportunity of indicating the basis of his defence and possibly narrowing the issues in dispute, he is also made aware of his right to remain silent.

This approach accords with fairness and common sense, since, as Van Rooyen 1977 *SACC* 3 says, "clearly a right is useless if the bearer is unaware of it or of its significance."

2 *Can any adverse inference be drawn against the accused if he elects to remain silent?*

This question is inextricably bound up with the previous question. The problem here can be succinctly stated as follows: If the accused is warned that he has a right to opt for silence, how can he be penalized in the form of an adverse inference for exercising that right (granted that the warning differs in character from a police warning to a suspect that he is not obliged to say anything to the police)?

The Criminal Procedure Bill (B 5–'77) contained a clause, section 115(3), which provided that where an accused person elected to remain silent at the plea stage the court could draw such inference from his silence as was reasonable in the circumstances. This clause was, however, omitted from the act itself. *S v M* is the first reported judicial decision on the question of whether or not an adverse inference can be drawn from an accused's silence at the explanation of plea stage. Silence has always been a valid legal defence and thus cannot per se give rise to an adverse inference. This is acknowledged by Hiemstra CJ in *S v M* (1048E):

"Dat swye per se tot 'n ongunstige afleiding aanleiding kan gee, is seker nie verdedigbaar nie en is trouens nie 'n standpunt wat ooit ingeneem is nie. Dit is fundamenteel dat getuienis of bewyse waarvan die hof 'n afleiding wil maak, aan die beskuldigde gestel moet word, vir geval hy dit wil ontken, of sodanig wil uitlê dat dit by 'n raamwerk van onskuld kan inpas.
As die beskuldigde nie wil getuig nie en dus nie gekruisvra kan word nie, is dit sy eie skuld."

According to Hiemstra CJ an inference can be drawn from the accused's silence in the following circumstances (1047F–H):

"Voorop staan dat die beskuldigde 'n geleentheid moet kry om te sê waarom hy verkies het om te swyg. Indien hy in die getuiebank gaan moet dit aan hom gestel word anders kan geen afleiding gemaak word nie. Hy kan moontlik antwoord dat hy geen rede sien waarom hy die Staat moet help nie. Dit moet in die omstandighede na waarde geskat word. As hy nie in die getuiebank gaan nie, stel hy hom bloot daaraan dat 'n ongunstige afleiding gemaak word van sy stilswye sowel aan die begin as aan die einde. Natuurlikerwys sou 'n mens verwag dat

> die beskuldigde sal saamwerk om die geskilpunte te verminder. . . . Daar is 'n uitnodiging om die geskilpunte tussen hom en die Staat te verklein. As hy of sy regsadviseur meen dat dit gerade is om liewer te swyg, is die afleiding toelaatbaar dat hy iets wil verheimelik en hoop dat die vervolging dit nie aan die lig sal kan bring nie, of dat hy eers wou sien wat die Staat kan bewys voor hy praat. Art 115 is bedoel om te voorkom dat die beskuldigde sy seile na die wind span."

But this is obviously not the only inference which can be drawn from an accused's reticence at the plea stage. Niarn 1977 *SACC* 228 makes the trenchant criticism of section 115 that it might lead to an accused committing himself to a stance before the issues are clear.

Thus, for example, an accused or his legal adviser might consider it prudent to remain silent at the plea stage because the issues have not yet crystallised to a degree of particularity which makes a proper defence possible. On the other hand, as Hiemstra CJ points out, no inference can be drawn until the accused (if he goes into the witness box) has been given an opportunity of explaining why he chose to remain silent initially. It is quite conceivable that the accused could answer that he elected to remain silent because at the plea stage there was not sufficient clarity concerning the issues, and consequently he was unable to delineate his defence. But, in this regard, one can foresee an undefended and inarticulate accused having problems warding off an adverse inference. On an objective analysis his choice of silence might be justifiable, and yet he may fail to sufficiently convince the court of this.

It should, however, be mentioned that the danger of the accused committing himself to a stance before the issues have crystallised is minimized in the supreme court by virtue of section 144(3)(a) of the Criminal Procedure Act, whereby the indictment has to be accompanied by a summary of the substantial facts of the case. Though it is of course true that in terms of section 144(3)(a)(i) the state is not bound by the contents of the summary.

However, I submit that, within the design and purpose of section 115, the approach of Hiemstra CJ in *S v M* concerning the drawing of an adverse inference from silence at the plea stage is theoretically sound.

The situation we have here would appear to be reflected in the words of lord Devlin, mutatis mutandis *The Criminal Prosecution in England* 50, quoted by Hoffmann *South African Law of Evidence* 2nd ed 142:

> ". . . while the English system undoubtedly does give the accused the right to say nothing, it does nothing to urge him to take advantage of his right or even to make that course invariably the attractive one . . ."

On the other hand, if the accused elects to speak at the plea stage, what he says may be used against him either as material for cross-examination (*S v Malebo* 1979 2 SA 636 (B) 640H *S v Thela* 1979 3 SA 1018 (T) 1023G) or as admissions. (There is authority for the proposition that statements by the accused in his explanation of plea may constitute admissions even if not recorded in terms of section 115(2)(b) – eg *S v Murray* 1979 2 SA 677 (E); *S v Malebo* 1979 2 SA 636 (B).)

In the light of the above discussion it goes without saying that presiding judicial officers will have to exercise a great deal of circumspection before they draw an adverse inference from silence at the explanation of plea stage. As Van Rooyen says 1977 *SACC* 3,

> "there are many reasons for not speaking – guilt being only one of them."

Furthermore it is submitted that if, in appropriate circumstances, an adverse inference from silence at the plea stage is to be permitted, then the presiding officer, in explaining the provisions of section 115 to the accused, should also inform him that if he elects to remain silent and it later turns out that there

was no compelling reason for his silence, he runs the risk of an adverse inference being drawn against him. To the accused this might, unfortunately, sound like a veiled threat that he had better speak, but I submit that if it were not done the accused would not be fully enlightened as to the various implications of the section 115 procedure. To be invited to speak, and at the same time to be warned that he need not speak, and then not to be warned that the danger of an adverse inference lurks in the latter course, may bring the accused under the misapprehension that to remain silent is invariably the safer course to adopt.

From the above it appears that the ramifications of the section 115 procedure are still increasing, and this in turn tends to confirm that section 115 is indeed, like public policy, an unruly horse.

The amendment to section 115(2)(b) of the Criminal Procedure Act in Bophuthatswana is another matter which arose in *S v M* and is simply mentioned here without comment, since a discussion thereof is beyond the scope of this note.

That portion of section 115(2)(b) which provides that the court shall enquire from the accused whether an allegation which is not placed in issue by the plea of not guilty may be recorded as an admission by the accused of that allegation, and that if the accused so consents such admission shall be recorded and deemed to be an admission under section 220, has been repealed in Bophuthatswana.

The amended sub-section provides that the accused must be informed that clarificatory questions asked of him in terms of the sub-section are put in order to ascertain whether he has a defence and what it is.

The original sub-section remains on the statute book in South Africa, and has provided the catelyst for numerous divergent opinions and judicial decisions as to the evidential value of statements by the accused which are not recorded as admissions in terms of the sub-section (see for example Van Wyk 1977 *SACC* 213 214–216; Du Plessis 1979 *SALJ* 4; *S v Malebo* 1979 2 SA 636 (B); *S v Thela* 1979 3 SA 1018 (T); *S v Van den Berg* 1979 3 1027 (NC)).

CA BENNETT
Randburg

VERMAAK v KHOZA 1979 1 SA 578 (N)

Actio de pauperie – verweer van onregmatige aanwesigheid

Die feitegeskil in *Vermaak v Khoza* 1979 1 SA 578 (N) illustreer op treffende wyse hoe sonde met 'n buurman se vee netelige regsvrae kan laat ontstaan. Die eiser (die huidige respondent) en die verweerder (die huidige appellant) het op aangrensende plase gewoon. Aangesien die twee plase nie deur 'n heining geskei was nie, het die eiser se beeste herhaaldelik op die verweerder se grond oortree en sy landerye verniel. Toe twee van die eiser se koeie weer op 12 November 1975 na die verweerder se plaas gedwaal het, het die verweerder, klaarblyklik met die doel om te verhoed dat die koeie vrylik op die plaas rondwei, die koeie laat aankeer. Nadat sy werknemers daarin geslaag het om een van die koeie in 'n kampie te jaag, het die verweerder 'n boodskap aan die eiser gestuur om die rondloperkoei te kom haal. Kort daarna, blykbaar toe die koeie gemelk moes word, is die verweerder se beeste, waaronder 'n Jerseybul, ook in die kampie gejaag. Die eiser se rondloperkoei het onmiddellik onder die ander koeie begin stoot en uit vrees dat sy hulle sou beseer, het die verweerder die rondloperkoei aan 'n paal in die kampie laat vasmaak. Daarna het die rondloperkoei onophoudelik gebulk. Die Jerseybul het

nadergestaan en toe die rondloperkoei desnieteenstaande aanhou bulk, het hy haar met die horings bygedam en 'n nekaar getref. Kort daarna het die rondloperkoei gevrek.

In die landdroshof eis die eiser skadevergoeding ten bedrae van R120 synde die waarde van die koei wat gevrek het. Hy baseer sy hoofeis op die actio de pauperie en 'n alternatiewe eis op nalatigheid aan die kant van die verweerder. Wat die hoofeis ingevolge die actio de pauperie betref, bevind die landdros dat die bul spontaan en contra naturam sui generis opgetree het en dat die koei regmatig op die plek waar sy beseer is, aanwesig was. Hy gee dus vonnis ten gunste van die eiser. Teen hierdie vonnis gaan die verweerder (appellant) in hoër beroep na die Natalse hooggeregshof.

In die Natalse hooggeregshof word veral die bevinding van die landdros dat die rondloperkoei regmatig op die plek van besering aanwesig was, bevraagteken. Regter Hefer, met wie waarnemende regter Thirion saamgestem het, wys daarop dat hoewel die "vereiste" van regmatige aanwesigheid nie in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg gestel is nie, dit wel sedert die beslissing van hoofregter De Villiers in *Drummond v Searle* 1879 Buch 8 9 deel van die Suid-Afrikaanse reg uitmaak. Na laasgenoemde beslissing is die element van regmatige aanwesigheid reeds in verskeie provinsiale beslissings aanvaar, naamlik *Le Roux v Fick* 1879 Buch 29 42; *Watson v Absche* 1931 TPD 499 504–507; *Klem v Boshoff* 1931 CPD 188; *Mehnert v Morrison* 1935 TPD 144 149–150; *Mathiesen v Dicks* 1941 NPD 349 353–354; *Nicholson v Morrow* 1942 TPD 315 317–319; *Veiera v Van Rensburg* 1953 3 SA 647 (T) 650–651; *King v Field* 1961 1 PH J18 (W) 19; *Workmen's Compensation Commissioner v REF Kaiser* ongerapporteerde uitspraak van die Natalse hooggeregshof op 15 Junie 1966 (bespreek in 1968 *THRHR* 385). Ook die appèlhof het dié "vereiste" in twee beslissings aanvaar, te wete, *O'Callaghan v Chaplin* 1927 AD 310 328–329 333 366–367 en *Solomon v De Waal* 1972 1 SA 575 (A) 582. Op gesag van *Watson v Absche, Nicholson v Morrow* en veral die vroeëre Natalse beslissing *Mathiesen v Dicks*, toon die regter aan dat die vereiste van regmatige aanwesigheid in die onderhawige geval waar 'n dier beseer is, 'n reg vereis aan die kant van die eienaar of ander reghebbende van die beseerde dier om sy dier op die betrokke plek te hê. Hy toon ook aan dat hierdie reg op aanwesigheid 'n reg moet wees wat bestaan teenoor die eienaar van die dier wat die ander beseer het. Die kernvraag is dus volgens die regter of die eiser in die onderhawige saak 'n reg teenoor die verweerder gehad het op die aanwesigheid van sy koei in die kampie op verweerder se grond nadat die koei aangekeer en in die kampie gejaag is.

Dit is juis oor die beantwoording van hierdie vraag wat regter Hefer met die landdros in die hof a quo verskil. Volgens die landdros was die rondloperkoei se aanwesigheid wel onregmatig terwyl sy in die landerye van die verweerder oortree het, maar het die oortreding van die koei geëindig in die stadium toe sy gevang is. Vanaf daardie stadium was die koei volgens die landdros "as ek dit so mag uitdruk, 'in wettige bewaring.'" Volgens die landdros was die verweerder "heeltemal binne sy regte deur die koei te laat vang en in die kamp te jaag," maar in die lig van die feit dat die verweerder self die koei in die kamp by die bul geplaas het, is dit vir hom onverstaanbaar "hoe daar nou betoog kan word dat die koei onregmatig in die kamp waar sy gedood is aanwesig was . . ." Daarteenoor beantwoord regter Hefer die bovermelde vraag ontkennend. Hy aanvaar wel saam met die landdros dat die verweerder regmatig opgetree het deur die rondloperkoei in die kamp te jaag, maar volgens hom het die eiser net so min 'n reg op die aanwesigheid van die koei in die kamp gehad nadat die koei in die kamp gejaag is as wat hy 'n reg op haar aanwesigheid op die plaas gehad het voordat sy in die kamp gejaag is. Deur sy optrede om die koei in die kamp te jaag het die eiser geen reg op

haar aanwesigheid in die kamp verkry nie. Die feit dat iemand die reg het om 'n oortreder te arresteer en in bewaring te hou, beteken volgens die regter nie dat die oortreder weens sy arrestasie 'n reg het om te wees waar hy aangehou word as hy nie andersins die reg gehad het nie (581). Hoewel die regter toegee (581) dat iemand wat 'n persoon of die dier van 'n persoon teen sy wil na 'n plek neem waar die persoon of dier beseer word, hom nie kan verweer deur te sê dat die beseerde geen reg gehad het om op die betrokke plek te wees nie, meen hy dat gesonde verstand vereis dat die omstandighede waaronder die beseerde persoon of dier aangehou word in ag geneem moet word om te bepaal of hy deur sy optrede aan die persoon of eienaar van die dier die reg verleen het om daar te wees. In die onderhawige geval het die verweerder volgens die regter nie die koei in die kampie gejaag omdat hy haar graag daar wou hê nie, of omdat hy wou bewerkstellig dat sy eie beeste haar daar kon beseer nie. Al wat die verweerder volgens die regter gedoen het, was om die rondloperkoei na 'n ander plek te neem waar sy nie skade kon aanrig nie en waar sy aangehou kon word totdat sy gehaal word. Derhalwe kan die regter nie met die landdros saamstem dat die oortreding van die rondloperkoei geeindig het op die oomblik toe sy gevang is nie en bevind hy dat die koei inderdaad onregmatiglik op die plek waar sy beseer is, aanwesig was.

Weens die teenstrydige oorwegings wat in die bovermelde geskil geld, is dit uiters moeilik om kant te kies. Die regter se benadering is egter nie sonder probleme nie en die doel van hierdie bespreking is dus om te poog om enkele vrae wat uit sy uitspraak voortvloei te beantwoord. Voorop moet gestel word dat sowel die landdros as die regter fouteer het om regmatige aanwesigheid as 'n "vereiste" vir die actio de pauperie te beskou. Die onus om te bewys dat die benadeelde nie regmatig op die plek van besering aanwesig was nie, rus volgens ons regspraak op die verweerder (*Mehnert v Morrison* 1935 TPD 114 149–150; *Nicholson v Morrow* 1942 TPD 315 318; *Workmen's Compensation Commissioner v REF Kaiser* supra). Daarom is dit suiwerder om van die *verweer* van onregmatige aanwesigheid te praat. In die onderhawige geval rus die bewyslas dus nie op die eienaar van die rondloperkoei om te bewys dat die koei regmatiglik op die plek van besering aanwesig was nie, maar wel op verweerder om te bewys dat die koei onregmatiglik op die plek van besering aanwesig was.

Volgens ons regspraak hou die element van regmatige aanwesigheid in dat die persoon of dier 'n reg moet hê om op die perseel aanwesig te wees en het die persoon of dier sodanige reg indien hy "by invitation or permission" op die betrokke plek aanwesig is. Indien 'n persoon of dier wat op uitnodiging van die grondeienaar op die perseel aanwesig is 'n reg het om daar te wees, volg dit a fortiori dat 'n persoon of dier wat teen sy wil na 'n plek geneem word regmatig op daardie besondere plek aanwesig is. Anders gestel: Indien die rede waarom 'n persoon of dier wat op 'n perseel oortree, nie geregtig is om met die actio de pauperie skade te verhaal nie, berus op die gedagte dat die persoon of dier sy teenwoordigheid ongenooid op die eienaar van die perseel afdwing, verval hierdie oorweging vanselfsprekend indien die persoon of dier teen sy wil deur die eienaar op die perseel aangehou word. Hoewel die rondloperkoei in die onderhawige geval dus onregmatig op die verweerder se plaas aanwesig was, het haar aanwesigheid na my mening regmatig geword op die oomblik toe sy deur die verweerder aangekeer is en nie meer vrylik kon rondbeweeg nie. Kan die verweerder werklik nadat hy daadwerklike beheer oor die koei vir sy eie doeleindes begin uitoefen het, toegelaat word om aan te voer dat die koei nog steeds onregmatig op sy perseel aanwesig was? Sou die eiser nie met oortuiging kon argumenteer dat die rondloperkoei wel die plaas onregmatig betree het, maar dat die feit dat die verweerder haar nie afgejaag het nie, maar besluit het om die koei na

'n spesiale plek te neem, veroorsaak het dat die koei se aanwesigheid nie langer onregmatig was nie? Myns insiens sou 'n mens in elk geval moeilik 'n beginselonderskeid kon tref tussen die onderhawige geval en die geval waar die verweerder die rondloperkoei op 'n publieke pad gevind het en na sy kampie aangekeer het. Klaarblyklik sou die verweerder in sodanige omstandighede nie slaag met 'n verweer dat die koei onregmatig op die plek van besering aanwesig was nie. Die gedagtegang dat die koei se aanvanklike oortreding op die grond haar aanwesigheid daar, ongeag wat ook al daarna gebeur, eens en vir altyd onregmatig maak, sou 'n toepassing van die gewraakte leerstuk van versari in re illicita op die onderhawige feitestel wees.

'n Mate van steun vir die voorafgaande standpunt kan gevind word in die beslissings wat daarop dui dat die benadeelde se aanwesigheid nie noodwendig rematig ten opsigte van die grondstuk as geheel moet wees nie, maar wel ten opsigte van die besondere plek van besering (*O'Callaghan v Chaplin* 1927 AD 310 331 367; *Mehnert v Morrison* 1935 TPD 114 148). 'n Stilswyende uitnodiging aan die diaken of verkoopsagent om die werf te betree, hou nie noodwendig 'n uitnodiging aan hulle in om die grondeienaar se huis of sy hondehok binne te gaan nie. Myns insiens kan hierdie beginsel ook in die omgekeerde situasie, waarvan die onderhawige feitestel 'n voorbeeld is, toegepas word. Die effek daarvan sou wees dat hoewel die rondloperkoei aanvanklik onregmatig op die grondstuk aanwesig was, haar aanwesigheid in die kampie as gevolg van die verweerder se optrede heeltemal regmatig geword het.

Ten slotte is dit te betwyfel of dit geoorloof is om, soos die regter, by die bepaling van regmatige aanwesigheid al dan nie, die omstandighede waaronder die verweerder die koei in die kamp laat jaag het in aanmerking te neem. Het die feit dat die verweerder regmatig opgetree het ten einde die rondloperkoei te verhoed om vrylik op sy plaas rond te wei noodwendig tot gevolg dat die koei se aanwesigheid steeds onregmatig is? Gestel die grondeienaar kon nie die eienaar van die koei onmiddellik opspoor nie en dat hy die koei vir 'n naweek of selfs 'n week in die kampie moes aanhou. Sou 'n mens kon redeneer dat die koei se aanwesigheid nog steeds onregmatig was indien sy 'n week later in die kampie beseer word? Buitendien kan dit bevraagteken word of die verweerder werklik die reg gehad het om die rondloperkoei op sy grond aan te hou tot tyd en wyl die eienaar haar kom haal. Volgens 'n aantal beslissings van ons provinsiale howe (oa *Edwards v Hyde* 1903 TS 381; *Murray v Behr* 19 EDC 207; *Crous v Jaffe Bros* 1921 OPD 2; *Trystam v Knight* 1922 NPD 186; vergelyk *Urtel v Bredell* 1934 OPD 43) word 'n grondeienaar, nadat die skutordonnansies in die onderskeie provinsies afgekondig is, nie toegelaat om vee in 'n private kamp op sy grond te skut nie. Dit hou in dat die verweerder in die onderhawige geval slegs die keuse gehad het òf om die rondloperkoei van sy grond af te jaag òf om die koei na die skut te laat jaag. Enige ander optrede, ook dié in die onderhawige geval, sal as onregmatig getipeer moet word en in die lig daarvan sou die verweerder hom nie vis-à-vis die eiser kon verweer deur te sê dat die koei onregmatig in die kampie aanwesig was nie.

Indien die bostaande argumente ten gunste van die landdros se bevinding aanvaar word, kan voorts bespiegel word op watter presiese tydstip die rondloperkoei se aanwesigheid regmatig geword het. Regter Hefer noem (582) die hipotetiese geval waar die rondloperkoei in die verweerder se groenteland betrap is en hy haar daar laat uitkeer het en buite die land laat oppas het totdat sy gehaal kon word. Myns insiens het die verweerder reeds in daardie stadium beheer oor die koei vir sy eie (onregmatige?) doeleindes uitgeoefen en kan hy daarna nie toegelaat word om te beweer dat die koei onregmatig op die besondere plek aanwesig was indien sy daar beseer is nie. Daarenteen sou 'n mens myns insiens

te ver gaan indien jy sou besluit dat die grondeienaar reeds wanneer hy van 'n oortredende dier se aanwesigheid bewus word en nie onmiddellik stappe doen om die dier te skut of te verjaag nie, veroorsaak dat die koei se teenwoordigheid regmatig word. Blote kennis van die aanwesigheid van die koei kan nie haar regsposisie as "trespasser" na dié van "tacit invitee" laat verander nie. Die regsposisie sal denkbaar anders wees indien die koei al verskeie kere in die verlede met die wete van die grondeienaar en sonder enige beswaar van sy kant, op sy grond oortree het.

Indien aanvaar word dat 'n persoon of dier wat teen sy wil op 'n sekere plek aangehou word, nie vir doeleindes van die actio de pauperie geag kan word onregmatig op dié plek aanwesig te wees nie, het dit die volgende resultaat: Gestel 'n huiseienaar betrap 'n inbreker op heterdaad en bind hom vas. Terwyl hy die polisie telefoneer, byt sy hond die inbreker. In so 'n geval is die huiseienaar ingevolge die actio de pauperie aanspreeklik en kan hy nie die verweer opper dat die inbreker onregmatig op die plek van aanhouding aanwesig was nie. Hierdie resultaat is na my mening in ooreenstemming met gesonde regsbeginsels. Die feit dat die inbreker besig is om 'n misdaad te pleeg hou nie in dat hy alle beserings wat hy mag opdoen nadat hy gearresteer is, maar vir lief moet neem nie. Dit sou, soos reeds gesê, 'n toepassing van die gewraakte leerstuk van versari in re illicita wees.

Dit is ten slotte dienstig om die onderhawige probleem in die lig van die trefwydte en die grondslag van aanspreeklikheid ingevolge die actio de pauperie te beoordeel. Die regter gee te kenne (581) dat aangesien die actio de pauperie 'n voorbeeld van strikte aanspreeklikheid is, regspolitieke oorwegings ten gunste van die beperking daarvan aangevoer kan word. Dit impliseer dat die onderskeie verwere teen die actio de pauperie, en spesifiek die verweer van onregmatige aanwesigheid in die onderhawige geval, so wyd as moontlik geïnterpreteer moet word. Na my beskeie mening is hierdie benadering nie te regverdig nie. Die feit dat die Suid-Afrikaanse reg, anders as buitelandse regstelsels, die blote feit van onregmatige aanwesigheid op sigself as 'n geldige verweer teen die actio de pauperie aanvaar, is myns insiens voldoende afwatering van die strikte aanspreeklikheid ingevolge die actio de pauperie. 'n Onrealisties wye interpretasie van hierdie verweer sou myns insiens 'n ongeregverdigde terugkrabbeling wees na skuld as die grondslag vir skade veroorsaak deur diere.

Wat die alternatiewe skuldoorsaak van nalatigheid aan die kant van die verweerder betref, het die Natalse hof die bevinding van die landdros dat geen nalatigheid bewys is nie, aanvaar. Die enigste beskikbare getuienis was dat die bul te alle tye 'n "doodmak" dier was en nog nooit vantevore ander diere beseer of aggressief teenoor hulle opgetree het nie. Hierdie bevinding, wat volgens die beskikbare getuienis ongetwyfeld korrek was, toon in welke moeilike posisie 'n eiser hom bevind indien hy nalatigheid aan die kant van die eienaar van 'n dier wat hom skade berokken het, moet bewys ten einde sy skade te kan verhaal, terwyl hy geen kennis van die vorige gedrag van die dier het nie. Hierdie bewysprobleem verleen steun aan die standpunt van ons reg dat aanspreeklikheid ingevolge die actio de pauperie skuldloos is.

CG VAN DER MERWE
Universiteit van Stellenbosch

Boeke

DELICT: PRINCIPLES AND CASES

deur JC VAN DER WALT

Butterworth, Durban 1979; x en 305 bl; prys R25,00 (hardeband), R16,95 (sagteband)

Hierdie boek is die eerste omvattende werk van die skrywer oor die algemene beginsels van die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg. Die outeur self het natuurlik geen bekendstelling nodig nie. Sy waardevolle bydraes oor etlike jare, vele waarvan neerslag in die regspraak gevind het (sien bv *Administrator, Natal v Bijo* 1978 2 SA 256 (N); *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A) in verband met nalatige wanvoorstelling en *SAUK v O'Malley* 1977 3 SA 394 (A) met betrekking tot aanspreeklikheid van die pers weens laster), maak hom beslis een van die leidende juriste op hierdie regsgebied. Daarom word JC van der Walt se *Delict* meer as verwelkom, maar dan tog met 'n kwalifikasie. Die werk het naamlik slegs met die algemene beginsels van die onregmatige daad te make. Gevolglik word besondere verskyningsvorms van damnum iniuria datum en iniuria asook ander relevante aangeleenthede (soos gevalle van skuldlose aanspreeklikheid) wat gewoonlik in handboeke oor die onregmatige daad aangetref en as studiemateriaal aangebied word, nie bespreek nie. In die lig van steeds stygende drukkoste tref hierdie leemte veral die student. Derhalwe word die hoop uitgespreek dat die skrywer in die toekoms 'n volledige handboek oor die onregmatige daad die lig sal laat sien.

Die werk bestaan uit twee dele. In afdeling A (wat 114 bladsye beslaan) word die algemene beginsels beskryf terwyl uittreksels uit 80 gewysdes in afdeling B hierdie beginsels illustreer. Aangesien afdeling A 'n herdruk van die titel *Delict* in band 8 van *The Law of South Africa* (Butterworth, 1979) is, sal persone wat reeds in besit van dié band is en die hofverslae byderhand het, dit waarskynlik onnodig vind om Van der Walt se werk aan te koop. Hoe dit ook al sy, die keuse van die uittreksels is besonder effektief as in gedagte gehou word welke magdom beslissings daar reeds oor hierdie regsgebied bestaan. Hierbenewens het die uittreksels op sigself 'n nuttigheidsfunksie vir veral studente wat nie die hofverslae in besit het nie. Dit is nietemin jammer dat die skrywer nie sy weg oopgesien het om kommentaar op die uittreksels self te lewer nie. Sodanige kommentaar sou die waarde van die boek ongetwyfeld verhoog het.

Afdeling A begin met 'n inleidende gedeelte waarin die algemene aard van die onregmatige daad, die onderskeid tussen onregmatige daad en misdaad en onregmatige daad en kontrakbreuk asook die sameloop van kontraks- en deliksaksies bespreek word. In hierdie verband moet op die volgende gelet word. Op bladsy 3 voetnoot 2 (vgl ook 23 vn 19) word met verwysing na die beslissing *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) onomwonde verklaar dat 'n regspersoon geen persoonlikheidsregte het nie en dus nie die actio iniuriarum tot sy beskikking het nie. Hier-

die beskouing word volkome onderskryf (vgl ook *Minister of Agriculture v Federal Theological Seminary* 1979 4 SA 162 (OK) 180–181). Nietemin is die regsposisie in hierdie opsig alles behalwe so seker (vgl die beslissing van die appèlhof in die *Tommie Meyer*-saak 1979 1 SA 441 (A) en sien die bespreking van Neethling en Potgieter 1979 *THRHR* 217 ev). Met betrekking tot die positiefregtelike toepassing van die beginsel van skuldlose aanspreeklikheid van die pers (4 vn 9) kan lesers gerus kennis neem van die resente beslissing in *De Flamingh v Pakendorf en Lake* 1979 3 SA 676 (T). By die bespreking van die sameloop van kontraks- en deliksaksies (7 ev) kon die skrywer ook na die belangrike beslissing in *Greenfield Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N) verwys het. Terloops kan opgemerk word dat alhoewel hierdie beslissing as 'n belangrike mylpaal op die gebied van aanspreeklikheid weens suiwer ekonomiese verlies beskou word, mens tog wonder of die feit dat daar 'n kontraktuele verhouding tussen die gedingspartye bestaan het, nie in 'n groot mate bepalend was vir die hof se beslissing met betrekking tot die deliktuele eis nie (vgl die appèlhof se houding in *Union Government v Ocean Accident and Guarantee Corp Ltd* 1956 1 SA 577 (A) waar 'n derde die kontraktuele verhouding geskend het). Let ook daarop dat alhoewel die beslissing in *Guggenheim v Rosenbaum* (2) 1961 4 SA 21 (W) met betrekking tot troubreuk (8) instemming verdien, die appèlhof (*Bull v Taylor* 1965 4 SA 29 (A) 37–38)nog nie hierdie benadering onderskryf het nie.

Voorts word die historiese agtergrond (11 ev) van die reg aangaande die onregmatige daad behandel. Ek mis (op 15) 'n verwysing na *D* 47 10 1 2. Volgens hierdie teks kom die actio iniuriarum te pas by aantastings van die corpus, die fama en die dignitas, 'n opvatting wat onder andere deur Voet (47 10 1) oorgeneem en deur die regspraak bekragtig is. In hierdie verband is dit van kardinale belang om daarop te let dat dignitas nie beperk is tot "dignity" of "honour" (vgl 18 23) nie, maar 'n veel ruimer betekenis inhou (sien my bespreking in *Persoonlikheidsreg* (1979) 57–59 61 ev 66–68).

Vanaf bladsy 20 word die elemente van die onregmatige daad, te wete onregmatigheid, die handeling, skuld en kousaliteit uiteengesit. Ongelukkig word skade as 'n element van die onregmatige daad nie hier bespreek nie, maar wel in band 7 van *The Law of South Africa* onder die titel "Damages." Die outeur verdien lof vir die logiese en duidelike wyse waarop hy hierdie soms moeilike terrein van die reg benader. Sonder om enigsins afbreuk aan die uitstekende gehalte van die werk te doen, wil ek tog hier en daar kommentaar lewer. Die begrip van aanspreeklikheidsbegrensing of toerekenbaarheid van skade as 'n "sesde" element van die onregmatige daad word nêrens eo nomine vermeld nie. Weliswaar word dié begrip bespreek by die sogenaamde "legal causation" (98 ev) terwyl dit na my mening met kousaliteit eintlik niks te make het nie. Dit gaan naamlik hier om die vraag vir welke gevolge van sy onregmatige nalatige handeling die dader aanspreeklik gehou moet word (sien hieroor Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf in die Privaatreg* (1972)).

Op bladsy 40 maak die skrywer die volgende stelling: "Interference with a legally protected interest, eg the object of a subjective right, is prima facie wrongful. The existence of a recognized ground of justification conclusively rebuts the prima facie inference of wrongfulness." Alhoewel hierdie stelling in die algemeen waar is, geld dit nie met betrekking tot die aantasting van sekere beskermde regsgoedere soos privaatheid en die eergevoel nie. Die blote feit dat 'n persoon byvoorbeeld as gevolg van 'n ander se optrede subjektief beledig voel (feitelike krenking van die eergevoel as regsobjek), stel nie prima facie onregmatigheid daar nie. Dit is eers die geval indien die "ordinary reasonable man" (*Matiwane v Cecil Nathan, Beattie and Co* 1972 1 SA 711

(D) 718) ook in die betrokke omstandighede beledig sou gevoel het. 'n Soortgelyke toets geld ten aansien van privaatheid (sien my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 152–153 176 ev). Staan prima facie onregmatigheid so gesien vas, dan kom die vraag na die bestaan van 'n regverdigingsgrond ter sprake. In verband met die sogenaamde "abuse of rights" (41 ev) is daar 'n belangrike resente beslissing (*Gien v Gien* 1979 2 SA 113 (T)) wat die rol van motief (animo vicino nocendi) by die vraag na onregmatigheid beklemtoon.

Volgens die skrywer (49) blyk "the preponderance of authority . . . to favour the recognition of provocation as a ground of justification in the law of delict." Hierdie standpunt word egter in twee Rhodesiese beslissings gestel (*Dzvoiro v Mudoti* 1973 3 SA 287 (RA) 288; *Mordt v Smith* 1968 4 SA 750 (RA) 751). Suid-Afrikaanse gewysdes skyn 'n teenoorgestelde beskouing te handhaaf. In *Powell v Jonker* 1959 4 SA 443 (T) 444–445 verklaar regter Williamson: "Provocation can, in my view, never justify an assault in the sense that it can make the assault lawful" (sien ook *R v Itumeling* 1932 OPD 10 11 en vgl *Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK) 301). Hoe dit ook al sy, na my mening behoort provokasie as 'n regverdigingsgrond te geld aangesien die howe die provokatiewe optrede self sowel as die handeling in retortio *objektief* beoordeel.

Die laaste woord is beslis nog nie oor dwaling as verskoningsgrond by iniuriae gespreek nie. Die skrywer is van mening dat 'n regs- en feitedwaling opset in hierdie verband uitsluit (63). Hierdie standpunt is dogmaties-teoreties suiwer en korrek. Daardeur sou 'n mens die fout kon vermy om 'n element van die nalatigheidsbegrip by die begrip dolus in te sleep (soos inderdaad in bv *Hassan v Post Newspapers (Pty) Ltd* 1965 3 SA 562 (W) gebeur het). Die vraag is egter of dit altyd tot billike resultate sal lei indien daar ongekwalifiseerd immuniteit aan die dwaler verleen word. In die privaatreg mag dit byvoorbeeld gebeur dat die enkelingslagoffer aan ondergang blootgestel word indien hy sy verhaalsreg teen die onversigtige maar bona fide lasteraar verloor. Sal ons howe ooit 'n lasteraar vry laat uitgaan omdat hy byvoorbeeld eerlik geglo het dat die waarheid op sigself 'n goeie verweer is, of dat 'n mens lasterlike bewerings na hartelus kan herhaal mits jy maar die bron van die bewerings telkens vermeld? Dit lyk uiters onwaarskynlik (sien verder Neethling en Van Rensburg 1973 *THRHR* 306–309). Hieruit blyk dat die kwessie van dwaling as verskoningsgrond op die gebied van iniuria nog nie bevredigend opgelos is nie. Die skrywer (63) is waarskynlik reg wanneer hy verklaar dat die oplossing nie lê in die wysiging van die begrip opset nie, maar om in sekere gevalle by iniuria opset te vervang met òf strikte aanspreeklikheid òf aanspreeklikheid gebaseer op nalatigheid.

'n Interessante kompromie word aan die hand gedoen met betrekking tot die vraag na "legal causation," of soos reeds gestel, aanspreeklikheidsbegrensing (98 ev). Die skrywer is naamlik van oordeel dat nòg die "direct consequences"-teorie, nòg die "reasonable forseeability"-teorie as alleenstaande oplossing tot uitsluiting van die ander in hierdie verband toegepas moet word. Volgens hom (103) moet die "direct consequences"-teorie byvoorbeeld op die gebied van persoonlike beserings aangewend word aangesien die voorsienbaarheidskriterium soms hier oorspan sal moet word. My eie mening is dat die voorsienbaarheidstoets as *normatiewe* toets as algemene maatstaf behoort te geld. Die *meganiese* "direct consequences" teorie behoort slegs in hoogs uitsonderlike omstandighede aanwending te vind, en dan slegs in daardie gevalle van aantasting van die fisiese integriteit waar die eierskedelreël toepassing vind (vgl *Wilson v Birt (Pty) Ltd* 1963 2 SA 508 (D)).

Laastens word ook aandag gegee aan die algemene remedies op grond van die onregmatige daad (waaronder eierigting en die interdik) (104 ev); die oordraagbaarheid van aksies (107 ev); me-

dedaders (109 ev) en ander aksies (113 ev), te wete die actio doli, die actio quod metus causa, die condictio furtiva, die actio ad exhibendum, die actio aquae pluviae arcendae; interdictum quod vi aut clam.

In die geheel kan die werk met die grootste vrymoedigheid aanbeveel word. Studente sowel as praktisyns sal baie baat vind by 'n werk wat nie alleen die positiewe reg op hierdie terrein duidelik en suiwer stel nie, maar ook die persoonlike menings van 'n meester op sy gebied weergee.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

DIE NUWE EGSKEIDINGSREG

deur AH BARNARD

Butterworth, Durban 1979; x en 131 bl; prys R8,95 plus 36c AVB (sagteband)

Die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg is ingrypend verander deur die Wet op Egskeiding 70 van 1979 wat op 1 Julie 1979 in werking getree het. Alhoewel die Suid-Afrikaanse regskommissie na aanleiding van sy ondersoeke tot die gevolgtrekking gekom het dat die nuwe reëling vir die regsgevoel van die gemeenskap aanvaarbaar is en inderdaad daarmee ooreenstem, is die nuwe egskeidingsreëling nietemin een wat deur regsgeleerdes opgestel is en wel in die vorm van 'n wet; die nuwe egskeidingsreg bevat nie 'n egskeidingsbedeling wat oor 'n lang tydperk uit die gemeenskap of deur die howe ontwikkel is nie. Daarom is daar sekerlik diegene wat wens dat daar 'n amptelike toeligting of inligtingstuk by die inwerkingtreding van die wet uitgegee kon gewees het. Gelukkig het die skrywer van hierdie boek binne enkele maande na die inwerkingtreding van die wet in die leemte na inligting oor die nuwe egskeidingsreg voorsien deur die publikasie van hierdie kommentaar oor die wet en die nuwe egskeidingsreg in die algemeen.

Die boek bevat 'n inleiding waarin daar onder andere 'n bespreking is van die redes vir die afskaffing van die ou egskeidingsbedeling, die moontlike oplossings wat in die plek daarvan gekies kon word, die algemene kenmerke van die egskeidingsreëling wat uiteindelik gekies is en die oorwegings wat daarby 'n rol gespeel het. Hoofstuk 2 handel oor onherstelbare verbrokkeling van die huwelik ("onmoontlikmaking") as egskeidingsgrond en in hoofstuk 3 word geestesongesteldheid en voortdurende bewusteloosheid ("onmoontlikwording") as egskeidingsgronde bespreek. Hoofstuk 4 behandel die verwere teen 'n aksie om egskeiding en hoofstuk 5 die gevolge van egskeiding. Hoofstuk 6 behandel die egskeidingsproses en verbandhoudende aangeleenthede en hoofstuk 7 die diverse bepalings van die wet.

Hierdie boek is te verwelkom nie alleen vanweë sy tydige verskyning nie maar ook vanweë die manier waarop die skrywer daarin slaag om die leser in die algemeen aangaande die onderwerp te oriënteer en om die bepalings van die wet só toe te lig dat hulle begin lewe kry. Daar is natuurlik geen regspraak oor die wet wat tot en met die verskyning van die boek gerapporteer is nie en vanweë die breuk met die bekende gemeenregtelike egskeidingsreg, is daar geen verwysings na die ou skrywers nie. Die sukses van 'n boek oor 'n nuwe wet hang van die skrywer se onderlegdheid in die problematiek van sy vakterrein af en van sy vermoë om die wet te verstaan, te vertolk en sy gevolgtrekkings met oorredingskrag te stel. Dat die skrywer van hierdie boek vir sy taak opgewasse is, spreek duidelik. In duidelike taal slaag hy daarin om die nuwe egskeidingsreg te ontvou vir iedereen wat iets meer daarvan te wete

wil kom – hetsy student, hetsy praktisyn.

In die loop van sy bespreking opper die skrywer allerlei interessante menings en vrae. Hy onderskei tussen "onmoontlikmaking" van die huweliksverhouding deur een van die eggenote en "onmoontlikwording" van die huweliksverhouding as basiese redes vir die ontbinding van die huwelik deur middel van 'n egskeidingsbevel (29 ev). Eersgenoemde word dan gelykgestel aan onherstelbare verbrokkeling van die huwelik as egskeidingsgrond. Een van die belangrike probleme wat die nuwe egskeidingsreg inhou, is om die begrip "onherstelbare verbrokkeling van die huwelik" van inhoud te voorsien. Die skrywer wys daarop dat hierdie begrip inderdaad van inhoud voorsien kan word en dat die toestand van onherstelbare verbrokkeling van die huwelik inderdaad beregbaar is (34). Die maatstawwe van sommige ander eietydse regstelsels is vir die Suid-Afrikaanse gemeenskap onaanvaarbaar (37) en ons egskeidingsreg sal sy eie karakter hê. Die skrywer wys egter daarop dat die konsensuele egskeiding wel binne die raamwerk van die wet kan voorkom en dit is volgens hom nie so onaanvaarbaar as wat sommige glo nie (43).

Die basiese vraag is dan of die huwelik onherstelbaar verbrokkel het. Die wetgewer het dit goedgevind om 'n drietal riglyne te noem. Die feit dat die partye vir 'n ononderbroke tydperk van een jaar onmiddellik voor die datum waarop die verrigtinge ingestel is, nie as man en vrou saamgeleef het nie, sal waarskynlik nog een van die nuttigste blyk te wees. Daar word deur die skrywer aan die hand gedoen dat as die gemelde feite bewys is, die rede waarom die partye nie aldus saamgewoon het nie, nie van belang is nie (52). Die nuttigheid van die bepaling is daarin geleë dat die eiser wat die gemelde feite bewys het, nie verdere getuienis oor die oorsaak van die huweliksverbrokkeling hoef te bewys nie tensy die aansoek betwis word (53).

Die enigste beswaar wat mens kan opper, is dat die skrywer sy boek beperk het tot 'n kommentaar oor die wet en nie die verbandhoudende aangeleenthede (byvoorbeeld die posisie van die kinders en onderhoud) ewe omvangryk behandel het nie. Hierdie "beswaar" doen egter nie af aan die verdienste van die boek nie.

DJ JOUBERT
Universiteit van Pretoria

SAKEREG

deur CG VAN DER MERWE

Butterworth, Durban 1979; xiii en 560 bl; prys R28,50 (hardeband) R21,75 (sagteband)

Hierdie werk deur professor Van der Merwe voldoen aan 'n reeds lank bestaande behoefte aan 'n geskikte sakeregleerboek vir studente. Die behoeftes van die student is dan ook deurgaans voor oë gehou soos onder andere blyk uit die deeglike en sistematiese behandeling van die basiese begrippe wat in die sakereg ter sprake kom.

Die werk begin met 'n waardevolle inleidende bespreking van die betekenis en oorsprong van die sakereg, die plek van die sakereg in die regstelsel en die bronne van die Suid-Afrikaanse sakereg. Dit word gevolg deur 'n kort bespreking van sekere algemene beginsels van die sakereg, naamlik numerus clausus, absoluutheid, publisiteit, bepaaldheid, oordraagbaarheid en abstraktheid. Hoewel 'n goeie begrip van byvoorbeeld die beginsels van absoluutheid of publisiteit nie moontlik is alvorens onderskeidelik die begrip

saaklike reg en die vereistes vir die eiendomsoordrag van roerende en onroerende sake in meer besonderhede bestudeer is nie, het die skrywer myns insiens tereg besluit om reeds in sy inleidende hoofstuk hierdie beginsels kortliks in oënskou te neem. Hierdeur word die student bewus gemaak van die bestaan van sodanige beginsels en in staat gestel om 'n aanvoeling vir die trefwydte van die onderskeie beginsels te ontwikkel by die bestudering van die res van die werk.

Vir sover dit die bronne van die Suid-Afrikaanse sakereg betref, toon die skrywer op 8–9 tereg aan dat Engelsregtelike denkbeelde wel die Suid-Afrikaanse sakereg op verskeie gebiede beïnvloed het. In hierdie verband word onder andere die stelling gemaak dat die Suid-Afrikaanse registrasiestelsel 'n voorbeeld is van die sogenaamde Torrensstelsel. Volledigheidshalwe kan daarop gewys word dat ons registrasiestelsel wel sekere kenmerke gemeen het met die Torrensstelsel soos dit in die meeste Engelsregtelike gebiede geld. Die Suid-Afrikaanse registrasiestelsel het egter selfstandig hier ter lande ontwikkel, 'n ontwikkelingsproses wat 'n aanvang geneem het reeds lank voordat Torrens sy stelsel in die tweede helfte van die vorige eeu in Suid-Australië ingevoer het. Een van die belangrikste kenmerke van die Torrensstelsel, naamlik onaanvegbaarheid van titel, maak myns insiens ook nie deel uit van ons stelsel nie (contra Heyl *Grondregistrasie in Suid-Afrika* (1977) 38 ev, maar sien Birch "Indefeasibility of Title to Land" 1961 *SALJ* 65).

Hoofstuk 2 word gewy aan die begrip saak asook aan die indeling van sake volgens hul rol in die regsverkeer en volgens hul aard. In ooreenstemming met die beskouing van Joubert "'n Realistiese Benadering van die Subjektiewe Reg" 1958 *THRHR* 98 gaan die skrywer uit van 'n indeling van subjektiewe regte volgens die verskil in die aard van hul objekte (4 18). Hiervolgens het 'n saaklike reg 'n saak as objek. Op hierdie basis kan dan tussen saaklike regte en ander subjektiewe regte sinvol onderskei word slegs indien die omskrywing van 'n saak tot *stoflike voorwerpe* beperk word. Hiermee wyk die skrywer af van die tradisionele omskrywing van saak wat vandag nog in die meeste handboeke oor die Suid-Afrikaanse sakereg aangetref word (Maasdorp *Maasdorp's Institutes of South African Law: The Law of Property* 10e uitg (1976) 1; Silberberg *The Law of Property* (1975) 11 ev; Hahlo & Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* (1960) 571; vgl egter Hosten, Edwards, Nathan en Bosman *Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) 328) en trouens ook van die beskouing van die saakbegrip soos ons dit in die Romeinse reg (Gaius *Institutiones* 2 12–14; Justinianus *Institutiones* 2 2) en by skrywers oor die Romeins-Hollandse reg (Voet *Elementa Iuris* 2 1 1; *Commentarius ad Pandectas* 1 8 11; De Groot *Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* 2 1 3; Van Leeuwen *Het Roomsch Hollandsch Recht* 2 1 4–5) aantref. 'n Soortgelyke tendens is egter ook in die Nederlandse en Duitse regstelsels waarneembaar (sien onderskeidelik Meijers *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek* Toelichting deel 1 159–161 en a 90 Bürgerliches Gesetzbuch). Die skrywer gee heeltemal tereg toe dat indien die begrip saak om sistematiese redes tot stoflike voorwerpe beperk word, in gedagte gehou moet word dat daar 'n hele aantal uitsonderingsgevalle in die praktyk voorkom. So maak artikel 69(4) van die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937 onder andere voorsiening vir die beswaring van 'n persoonlike serwituut met 'n verband.

By die bespreking van die indeling van sake op 22 ev maak die skrywer die volgende stelling: "Die tweede indeling is daarop gemik om sake volgens hulle aard te onderskei. Hier gaan dit oor die onderskeid tussen 'n res singulorum, 'n saak wat aan 'n private individu behoort, en 'n res universitatis, 'n saak wat aan 'n regspersoon behoort." Dit is klaarblyklik 'n glips aangesien die skrywer self later op 27 die onderskeid tussen res singulorum en res universitatis in sy

juiste verband bespreek, naamlik as 'n voorbeeld van die indeling van sake volgens hul rol in die regsverkeer.

Hoofstuk 3 wat in sy geheel aan saaklike regte gewy word, bevat onder andere 'n voortreflike bespreking van die onderskeid tussen saaklike en persoonlike regte. Die skrywer kom myns insiens op 'n oortuigende wyse tot die gevolgtrekking dat dit as gevolg van historiese ontwikkeling nie moontlik is om een kriterium uit te sonder ten einde die onderskeid tussen saaklike en persoonlike regte te verklaar nie. Dit is na sy mening meer realisties om na 'n normaaltipe saaklike reg te soek wat dan van 'n normaaltipe persoonlike reg onderskei kan word. Nie alle saaklike regte sal dan voldoen aan die kriteria waaraan die normaaltipe saaklike reg voldoen nie (so ook Meijers *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* (1958) 266 ev).

Die vierde hoofstuk is grootliks gebaseer op 'n artikel "Die Aard van Besit en die Animus-element daarvan" wat professor Van der Merwe reeds in 1978 in die *THRHR* in medewerking met professor ADJ van Rensburg gepubliseer het. Veral van belang is die gevolgtrekking waartoe gekom word dat dit, in die lig van die verskeidenheid van funksies wat besit in die reg vervul, onmoontlik is om 'n eenduidige omskrywing van besit te gee. Die inhoud van die animus-element van besit sal naamlik telkens verskil na gelang van die betrokke funksie van besit wat ter sprake is. Ook die ou strydvraag of besit 'n saaklike reg is, kan slegs beantwoord word as duidelikheid daaromtrent bestaan oor welke funksie van besit dit in die betrokke geval gaan.

Hoofstukke 5 tot 9 bevat 'n deeglike en myns insiens baie volledige bespreking van die eiendomsbegrip, die begrensing van eiendom, eiendomsverkryging, die beskerming en beëindiging van eiendom, en mede-eiendom. Vir sover dit verkrygende verjaring betref, word op 188 verklaar dat skorsing ingevolge die nuwe Verjaringswet 68 van 1969 *slegs* intree indien die skorsende omstandighede aan die *einde* van die verjaringstermyn bestaan. Volledigheidshalwe kan hier bygevoeg word dat artikel 3 van die nuwe wet voorsiening maak vir skorsing (of miskien liewer uitstel?) van verjaring ook waar die skorsende omstandigheid opgehou het om te bestaan binne 3 jaar voor die einde van die verjaringstermyn.

Die skrywer aanvaar klaarblyklik die saaklike ooreenkoms as 'n geldigheidsvereiste by sowel die eiendomsoordrag van roerende sake deur lewering as die eiendomsoordrag van onroerende sake deur registrasie (201–203). Hier kan terloops daarop gewys word dat daar ook diegene is wat (soms by implikasie) die standpunt huldig dat daar geen plek is vir 'n saaklike ooreenkoms as geldigheidsvereiste by die oordrag van eiendomsreg en ander saaklike regte oor onroerende sake nie (sien Heyl 196–219; Van der Ploeg "Levering van Onroerend Goed" 1947 *WPNR* 305 – hier moet egter daarop gelet word dat die Nederlandse stelsel van oorskrywing wesenlik verskil van die Suid-Afrikaanse stelsel van grondregistrasie met die gevolg dat al die skrywer se argumente nie sonder meer by ons geld nie; Maasdorp 73; Voet *Commentarius* 41 1 38 saamgelees met 41 1 35). Hierdie standpunt is gewoonlik die gevolg van 'n beklemtoning van die formele aard van registrasie as gevolg waarvan die registrasiehandeling op sigself dikwels as deurslaggewend beskou word. Daar is egter wel in ons regspraak aanknopingspunte vir die beskouing dat die formele aard van die registrasiehandeling nie oorbeklemtoon moet word nie (*Britz v De Wet* 1965 2 SA 131 (O) 134; *Breytenbach v Frankel* 1913 AD 390 401; *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219 224–225).

Die bespreking van die kousale en abstrakte stelsels van eiendomsoorgang op 204 ev verdien besondere vermelding. Die skrywer toon myns insiens tereg aan dat die kousale stelsel uit billikheidsoorwegings verkieslik is in situasies waarby slegs die vervreemder en

die verkryger betrokke is. Dieselfde is egter nie die geval waar die belange van derdes ter sprake kom nie omdat die vervreemder se verband met 'n gebrekkige titel sterker is as dié van die derde. In sodanige omstandighede is die werking van die abstrakte stelsel billiker. Wat betref die Suid-Afrikaanse regspraak is die uitspraak in *Trust Bank v Western Bank* 1978 4 SA 281 (A) nog nie in hierdie verband in die teks opgeneem nie. In hierdie saak het die appèlhof hom onomwonde op die standpunt van die abstrakte stelsel gestel (301H–302G) vir sover dit die oordrag van roerende sake betref.

Waar die leerstuk van estoppel as 'n uitsondering op die stelreël ubi rem meam invenio ibi vindico op 249–253 aan die beurt kom, stel die skrywer hom op die standpunt dat ons hier 'n nuwe afgeleide wyse van eiendomsverkryging behoort te erken. Hiermee sluit hy hom aan by Hahlo en Kahn 582, Van Heerden "Estoppel: 'n Wyse van Eiendomsverkryging?" 1970 *THRHR* 19 en Louw "Estoppel en die Rei Vindicatio" 1975 *THRHR* 218 (hoewel laasgenoemde skrywer hom uitdruklik daarvan weerhou het om estoppel op sigself as 'n wyse van eiendomsverkryging te bestempel. Na sy mening moet estoppel gesien word as die instrument waardeur die regsontwikkeling bewerkstellig word wat nodig is vir die uiteindelike erkenning van bona fide eiendomsverkryging).

Hoofstuk 10 bevat 'n besonder insiggewende bespreking van die Wet op Deeltitels. Die gedeelte waarin die dogmatiese struktuur ter sprake kom, is grotendeels gebaseer op 'n vroeëre artikel van die skrywer "Die Wet op Deeltitels in die lig van ons Gemeenregtelike Saak- en Eiendomsbegrip" 1974 *THRHR* 113. Die nuttigheid van hierdie hoofstuk word verhoog deur die wyse waarop die skrywer regsvergelykend te werk gegaan het. Daar word gewys op verskeie leemtes in die wet en waar ons wetgewing te kort skiet, word moontlike oplossings aan die hand gedoen na aanleiding van die wyse waarop byvoorbeeld die Duitse, Franse en Italiaanse wetgewers die betrokke probleme hanteer het. 'n Voorbeeld hiervan is sy bespreking van die voorskrifte met betrekking tot die moontlike beëindiging van deeleiendom op 316–319. 'n Verskynsel wat taamlik algemeen in die praktyk plaasvind en wat moontlik in meer besonderhede bespreek kon gewees het, is die omskepping van okkupasieregte tot deeleiendomsregte ingevolge artikel 23.

Hoofstukke 11 en 12 word onderskeidelik aan serwitute en mineraalregte gewy. Die skrywer is myns insiens tereg van mening dat dit nie moontlik is om mineraalregte by een van die bekende kategorieë van saaklike regte in te deel nie. Mineraalregte verskil so wesenlik van sowel erfdiensbaarhede as persoonlike serwitute dat enige poging om hulle by een van hierdie kategorieë in te deel tot 'n afwatering van die beginsels wat op serwitute van toepassing is, sal lei. Hy beskou dan ook mineraalregte as beperkte saaklike regte sui generis. Nuttig is ook die bespreking van die rol wat die staat by die ontginning van minerale speel. Die belangrikste mynwetgewing, onder andere die Wet op Edelgesteentes 73 van 1964 en die Wet op Mynregte 20 van 1967, word naamlik kortliks in oënskou geneem.

In die hoofstuk oor serwitute word noodweg op 343–350 uitvoerig bespreek. Die enigste aspek in hierdie hoofstuk waarteen moontlik kritiek geopper kan word, is die indeling van die afdeling wat oor die vestiging van serwitute handel. Drie wyses waarop serwitute gevestig kan word, word vermeld en as sodanig behandel, naamlik registrasie, verjaring en statuut (375–380). Opvallend is die afwesigheid van besitsafgifte in die geval van roerende sake. Hierdie moontlikheid word slegs terloops genoem by die behandeling van registrasie as 'n wyse waarop serwitute gevestig kan word.

Hoofstuk 13 bevat 'n waardevolle bespreking van erfpag, huurpag en huur van onroerende sake terwyl die

laaste hoofstuk aan saaklike sekerheidsregte gewy word. Ook die strydvraag of sessie in securitatem debiti as 'n volledige sessie beskou moet word of eerder as 'n verpanding van vorderingsregte, word hier in oënskou geneem (475–486). In ooreenstemming met sy reeds vermelde standpunt dat slegs stoflike sake die voorwerp van saaklike regte kan wees, meen die outeur dat die verpanding van regte om dogmatiese redes afgekeur behoort te word (464 486). Die probleemteks in hierdie verband is natuurlik Voet *Commentarius* 20 3 1 waar verklaar word dat alle sake (en dit sluit res corporales sowel as res incorporales in) wat vervreem kan word ook verpand kan word. In *National Bank of South Africa Ltd v Cohen's Trustee* 1911 AD 235, waarin die pandkonstruksie aanvaar is, is onder andere op hierdie teks gesteun (250). Die skrywer doen egter aan die hand dat Voet hier (vir sover sy stelling op vorderingsregte betrekking het) in werklikheid 'n algemene verband sonder enige saaklike werking in gedagte gehad het. Hiermee skaar die outeur hom by De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 368 (contra Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (proefskrif Unisa) 303 vn 747).

Op 449 voetnoot 98 maak die skrywer die volgende stelling na aanleiding van die prosedure wat gevolg moet word vir die registrasie van 'n verbandakte: "Aangesien verbandgewing 'n vervreemdingshandeling is, behoort oordrag nie deur 'n bloot eensydige wilsverklaring deur die verbandgewer te geskied soos hier die geval was nie, maar behoort 'n behoorlike saaklike ooreenkoms, waartoe albei partye ingestem het, vereis te gewees het." Dit is nie volkome duidelik of die skrywer van mening is dat as gevolg van die bestaande prosedure 'n saaklike sekerheidsreg wel deur registrasie tot stand kan kom ten spyte van die afwesigheid van enige saaklike ooreenkoms nie. In hierdie verband moet in ag geneem word dat die registrasieprosedure wat vir die registrasie van 'n verbandakte geld weinig verskil van dié wat vir die eiendomsoordrag van grond deur registrasie geld. Nòg die aktiewe medewerking van die verbandnemer nòg die aktiewe medewerking van die transportnemer (behalwe vir sover sy medewerking in sommige gevalle nodig is vir byvoorbeeld doeleindes van 'n hereregtekwitansie) word vereis *vir sover dit die registrasieprosedures betref*. Word dit nogtans as moontlik aanvaar om 'n saaklike ooreenkoms as geldigheidsvereiste by die eiendomsoordrag van grond deur registrasie te konstrueer, is daar in beginsel geen rede waarom 'n saaklike ooreenkoms nie ook by die vestiging van verbandreg deur registrasie gekonstrueer kan word nie.

Afgesien van die gebruiklike inhoudsopgawe, lys van mees aangehaalde werke, vonnisregister en (volledige) register is elke hoofstuk ook van 'n kort inhoudsopgawe voorsien wat die bruikbaarheid van die werk verder verhoog. Die tegniese versorging van die boek is van hoogstaande gehalte en slegs enkele drukfoute is opgemerk, byvoorbeeld "andelike" (33) ipv landelike; "possesssorium" (216) ipv possessorium; "toekomsitge" (222) ipv toekomstige; "beinvloed" (250) ipv beïnvloed; "tweërlei" (314) ipv tweërlei. Op 329 is die laaste twee reëls klaarblyklik omgeruil. Die invoeging van "notariële" voor "verbandakte" in die derde paragraaf op 448 het in die lig van die res van die bespreking waarskynlik per abuis plaasgevind.

Hierdie werk is 'n moet vir student sowel as praktisyn. Dit getuig van wye navorsing terwyl die skrywer ook daarin geslaag het om sy standpunte op 'n heldere en logiese wyse weer te gee. Professor Van der Merwe moet gelukgewens word met sy uitstekende bydrae tot ons regsliteratuur.

J SCHOEMAN
Universiteit van Suid-Afrika

TOPICAL INTERNATIONAL LAW

deur GEORGE N BARRIE

Butterworth, Durban 1979; xii en 173 bl; prys R14,50 plus 58c AVB

Die skrywer van hierdie werk is senior regsadviseur in die Departement van Buitelandse Sake, en was voorheen professor in die publiekreg aan die Randse Afrikaanse Universiteit. Sy akademiese agtergrond, gekoppel met sy praktiese ervaring van die toepassing van die volkereg, maak hom besonder geskik om 'n publikasie te lewer oor die tema "international law and its practical relevance to current international developments and issues," soos dit in die voorwoord beskryf word.

Hierdie boek is buitengewoon in die sin dat dit bestaan uit 'n elftal opstelle of artikels oor uiteenlopende volkeregtelike onderwerpe wat oor 'n periode van vyf jaar (1973–1977) uit dr Barrie se pen in ses verskillende Suid-Afrikaanse regstydskrifte verskyn het. Die skrywer het nie probeer om sy oorspronklike tekste op datum te bring nie, om heel aanvaarbare praktiese redes wat in die voorwoord genoem word. 'n Nuttige aspek van die publikasie is die beknopte samevattings van die artikels wat telkens die strekking van die artikels aandui. Die boek bevat 'n vonnisregister van een bladsy en 'n algemene indeks van meer as vyf bladsye.

Weens die uiteenlopende aard van die artikels word kortliks verwys na individuele artikels en wel in die volgorde waarin hulle in die boek verskyn.

In die eerste artikel bespreek die skrywer die vervanging (in 1977) van Suid-Afrika deur Egipte in die bestuursraad van die Internasionale Atoomenergie-agentskap. Hy toon oortuigend aan dat 'n internasionale instelling in hierdie opsig toegelaat het dat dit misbruik word op politieke gronde wat in die samehang juridies irrelevant was.

In die tweede artikel bespreek dr Barrie volkeregtelike konvensies wat handel oor internasionale kontrole van die burgerlike gebruik van kernenergie en siviele aanspreeklikheid wat daarmee gepaard gaan.

Die direkte-uitsaaisatelliet (DBS) het 'n rewolusionêre ontwikkeling in hedendaagse kommunikasietegnologie daargestel omdat dit, anders as wat diegeval is met tradisionele satellietkommunikasiesisteme, nie gesofistikeerde aardstasies verg nie. Die derde artikel bespreek die kwessie of tegnologiese ontwikkeling in hierdie verband die knie behoort te buig voor internasionale beleid, en daar word tot die slotsom gekom dat internasionale kontrole in hierdie geval onontbeerlik is.

Die vierde artikel is 'n pleidooi vir groter betrokkenheid van juriste by die reëling van internasionale monetêre sake. Die veranderende ekonomiese, politieke en sosiale omstandighede wat 'n invloed het op die ontwikkeling van internasionale monetêre reg word hier bespreek.

'n Baie interessante siening van die nie-erkenning van Transkei en die daarmee samehangende sogenaamde "staatloosheid" van Transkeise burgers word in die kort vyfde artikel uiteengesit. Daar word geargumenteer dat erkenning 'n suiwer subjektiewe politieke handeling is en dat die wettige bestaan van 'n staat nie misken word deur die nie-erkenning daarvan nie. Daar word ook betoog dat die volkereg nie 'n staat sy diskresie kan ontneem om te bepaal wie sy burgers is nie.

Die juridiese struktuur van internasionale lugvervoer word in breë trekke in die sesde artikel geskets, sowel wat vlugreg as vervoerreg betref, met spesiale verwysing na die Chicagokonvensie van 1944 en die belangrikste internasionale organisasies oor lugvervoer.

Die sewende artikel handel oor die Antarktikaverdrag van 1959 as 'n voorbeeld van 'n regsreëling en sy sosiologiese infrastruktuur. Die klem word ge-

lê op die vreedsame gebruik van hierdie unieke gebied en veral op internasionale wetenskaplike samewerking ten aansien van die ekologiese sisteem van dié area.

Die agste en negende artikels behels respektiewelik 'n bespreking van sekere geskilpunte wat ter sprake sou kom by die Derde Seeregkonferensie en die werkwyse wat later deur die konferensie gevolg is. Die skrywer behandel onder meer die reg ten opsigte van die tradisionele sektore waarin die see verdeel word, die jurisdiksie van kusstate, asook besoedeling en wetenskaplike navorsing.

In die voorlaaste artikel word 'n omvattende bespreking van die volkeregtelike posisie met betrekking tot historiese baaie gevind, met spesiale verwysing na implikasies rakende gebiedswaters en die sogenaamde "ekonomiese sones" van state.

Ten slotte behandel die skrywer die internasionale toepassing van visvangkonvensies, die verskillende kontrolesisteme wat in dié verband bestaan, en die noodsaak vir die effektiewe afdwinging daarvan.

Teen die agtergrond van die bostaande uiteensetting kan 'n paar algemene opmerkings gemaak word. Ten eerste blyk dit dat heelwat van die artikels van 'n baie tegniese of gespesialiseerde aard is. Die enigste twee wat 'n meer algemene strekking het, is dié oor die nieerkenning van Transkei en dié oor die Seeregkonferensie. 'n Tweede punt wat opval, is die klaarblyklike behendigheid van die skrywer om met gemak en vloeiende taalgebruik onderwerpe te behandel wat normaalweg nie met soveel sukses deur juriste aangedurf word nie, byvoorbeeld ekonomiese en monetêre aangeleenthede. In die derde plek bring die boek as geheel 'n mens onder die indruk dat die skrywer gelyk het wanneer hy in die voorwoord sê: "The convergences between international law and international politics are the stepping-stones towards an effective law of nations," hoewel daar tog gewaak moet word teen 'n oormatige politisering van die volkereg.

Die boek is tegnies goed versorg en het 'n stewige band. Daar is min drukfoute wat my opgeval het. Ek noem sommige. Op bladsy 69, aan die einde van reël 28, is daar 'n punt in plaas van 'n kommapunt. Op bladsy 72, in reël 5, is daar 'n vraagteken uitgelaat na die woord "rule." Op bladsy 120 is daar in die slotreël 'n verkeerde verwysing na bladsy 95. Op bladsy 139, in reël 4, is die letter "d" uit die woord "notwithstanding" gelaat, en in die middel van die bladsy word die naam "Fauchville" in plaas van "Fauchille" gevind. In reël 7 op bladsy 159 kom die woord "over" voor wat klaarblyklik "ever" moet wees. Die woord "therefore" word as "therefor" gedruk op bladsy 166, reël 7.

Daar is 'n paar aspekte van die skrywer se woordgebruik en styl waarop kommentaar gelewer kan word. Op bladsy 46, in reël 28, gebruik die skrywer die woord "abolishment," wat verkieslik "abolition" moet wees. Op bladsy 79, in reël 12, word die woord "exists" gebruik terwyl dit "exist" moet wees. In die middel van bladsy 141 word na 'n hof verwys sonder dat aangedui word watter hof dit is. Die skrywer dui ook nie aan of die kursiefgedrukte dele in aanhalings sy eie kursivering is en of dit in die oorspronklike voorkom nie (kyk bv 139–143). Ten slotte: die skrywer kon myns insiens meer van kommas gebruik gemaak het, veral waar die woord "therefore" gebruik word, soos op bladsy 166.

Topical International Law kan by volkeregstudente aanbeveel word as 'n baie nuttige aanvulling tot algemene handboeke, terwyl dit ongetwyfeld van groot waarde sal wees vir diegene wat met die praktiese toepassing van die volkereg besig is.

AC CILLIERS
Universiteit van Port Elizabeth

HERBSTEIN AND VAN WINSEN THE CIVIL PRACTICE OF THE SUPERIOR COURTS IN SOUTH AFRICA

deur L DE V VAN WINSEN, JPG EKSTEEN en AC CILLIERS

Derde uitgawe; Juta, Kaapstad 1979; xxxix en 886 bl; prys R49,50

Sekere regshandboeke word vanaf hulle eerste verskyning allerweë as gesaghebbend aanvaar. Die bekende Herbstein en Van Winsen is in hierdie kategorie. Hierdie werk het sedert die verskyning van die eerste uitgawe in 1954 bekendheid verwerf as die standaardhandboek oor die siviele prosesreg in die hooggeregshof. Die omvang van die werk het deur die jare aansienlik toegeneem en die derde uitgawe is nou 'n lywige boekdeel waarvan die teks alleen 824 bladsye beslaan.

Daar is weinig vrae in verband met die siviele prosesreg in die hooggeregshof waarop daar nie in hierdie 824 bladsye antwoorde verstrek word of waarvan daar nie ten minste 'n bespreking plaasvind nie.

Die besondere netjiese setwerk en afronding van die boek val onmiddellik op. Geen opvallende drukfoute is aangetref nie.

In die breë gesien bestaan die werk uit 'n aantal hoofdele, naamlik die geskiedenis en die struktuur van die howe, jurisdiksie, die prosesgang van gedingvoering in die hooggeregshof en laastens appèl en hersiening. Die prosesgang word weer verdeel in die aansoekprosedure en die dagvaardingprosedure vanaf die aanvang van die proses tot aan die einde daarvan.

Die skrywers het klaarblyklik probeer om die verskillende stappe van die proses te behandel soos hulle chronologies tydens die voer van 'n geding op mekaar sou volg. Maar in die loop van 'n proses is daar verskillende variasies hoe die stappe op mekaar kan volg en 'n persoon sal die sistematiek van die boek eers goed begryp en leer ken namate hy meer vertroud raak met die inhoud daarvan.

Indien 'n leser besonderhede in verband met 'n bepaalde artikel van die wet of 'n hofreël verlang, moet die indeks op bladsye xi-xxviii gebruik word. Trouens, sonder hierdie indeks sal die leser wat vinnig die skrywer se kommentaar op 'n bepaalde artikel of reël wil naslaan, se taak baie bemoeilik word. (Terloops, hoekom verskyn die woord "Index" nêrens bo-aan enige van hierdie bladsye om hierdie belangrike deel aan te dui nie?)

Die boek is klaarblyklik vir praktisyns geskryf en 'n persoon wat nie alreeds 'n deeglike algemene kennis van die siviele prosesreg het nie, sal sukkel om sonder leiding 'n breë oorsig van die vakgebied uit die boek te kry. Om hierdie rede kan die boek nie sonder meer as 'n leerboek vir studente aanbeveel word nie. Indien 'n dosent egter steun op 'n gids en klasverduidelikings, kan die studente dit wel voordelig vind om kennis te maak met hierdie standaardwerk alvorens hulle hulself in die praktyk begewe. By die besluit om die boek vir studente voor te skryf, sal die individuele dosent se benadering tot die vak en die doelstellings wat hy nastreef by die aanbieding daarvan, deurslaggewend wees.

Die snel-veranderende reg het ook sedert die verskyning van die boek wysigings in die inhoud genoodsaak. Die bespreking op bladsye 47–55 in verband met die prosedure by egskeidingsgedinge is nou geheel verander deur die Wet op Egskeiding 70 van 1979.

In die bespreking van die verskillende afdelings van die hooggeregshof kom daar myns insiens 'n leemte voor. Die skrywers kon gerus ook verwys het na die posisie van die hooggeregshowe in Transkei, Bophuthatswana, Venda en Zimbabwe. Hierdie howe is almal immers nou betrokke by die regspleging soos dit tans in Suider-Afrika aangetref word; soos ook blyk uit die

feit dat hulle uitsprake in die Suid-Afrikaanse hofverslae gerapporteer word.

Ten slotte kan weer eens beklemtoon word dat hierdie 'n gesaghebbende handboek is waarsonder geen prokureurskantoor of advokaat behoort te wees nie.

CF ECKARD
Kimberleyse Balie

PUNISHMENT: AN INTRODUCTION TO PRINCIPLES

deur MA RABIE en SA STRAUSS

Lex Patria, Johannesburg 1979; xiv en 104 bl; prys R6,50

Dié netjiese hardebanduitgawe is in wese 'n samestelling van verskillende stukke wat reeds uit die pen van die skrywers verskyn het. Deel I van die boek bestaan grootliks uit MA Rabie se vroeëre werk, *Theories of Punishment* (1977). In dié deel word die strafteorieë aan die hand van die absolute, relatiewe en geïntegreerde teorieë behandel en aangevul deur twee hoofstukke waarin die belangrikheid van die vergeldingsteorie en die algemene waarde van strafteorieë bespreek word. Kritiek wat destyds teen *Theories of Punishment* uitgespreek kon word, naamlik dat die teoretiese aanbieding nie aangevul is deur 'n bespreking van die praktiese implikasies van vonnisoplegging nie, word in die werk onder bespreking oorbrug deur deel II wat handel oor "Some Judicial Consideration Regarding the Severity of Sentence" deur SA Strauss. Studente in die strafreg aan die Universiteit van Suid-Afrika het reeds met die inhoud hiervan kennis gemaak in gedeeltes van 'n studiegids.

Die werk word na my mening gekenmerk deur drie uitstaande kenmerke:

(i) Dit is een van die eerste Suid-Afrikaanse publikasies waarin op volledige wyse aandag geskenk word aan sowel strafteorieë as sekere beginsels by vonnisoplegging. Alhoewel daar in die werk nie melding gemaak word van aspekte soos alternatiewe vonnisse en die geriewe wat bestaan om daaraan uitvoering te gee nie, kan dit 'n groot bydrae lewer tot die sinvolle opleiding van regsprekende beamptes in vonnisoplegging waarin daar volgens onder andere die Viljoenkommissie 'n leemte bestaan.

(ii) Weldeurdagte voetnote waarin die teks by wyse van 'n meer gevorderde vlak van aanbieding uitgebrei word.

(iii) Die inhoud kry 'n eg inheemse kleur wanneer na die lys van meer as eenhonderd-en-veertig Suid-Afrikaanse sake gekyk word waarna in die werk verwys word. Hierdie aspek maak nie alleen die materiaal vir die leser ter lande meer sinvol nie, maar is ook 'n aanduiding van die feit dat die samestellers die opleiding van vonnisopleggende beamptes en ander wat gemoeid is met die beregtiging van oortreders in Suid-Afrika met erns wou bevorder. Die boek is 'n kosbare verwysingsbron. Waar Strauss byvoorbeeld die eerste oortreding as 'n faktor by die bepaling van die graad van vonnis bespreek, haal hy nie minder as twintig sleutelsake as verwysing aan nie.

'n Leemte in die werk is dat daar nie ook verwys word na besondere strafvorme en strafoogmerke nie; na die mate waarin 'n strafvorm sigself leen tot die realisering van bepaalde strafoogmerke. Waar daar in deel I van die werk verwys word na besondere gesigspunte in strafteorieë, word die indruk geskep by die bespreking van rehabilitasie as 'n komponent van die teorie van individuele voorkoming dat die skrywers hoofsaaklik ingestel is op die reha-

bilitatiewe aard van gevangenisstraf en dat dit net hierdie strafvorm is wat voorsiening maak vir die oogmerk van rehabilitasie: "Forms of punishment which are aimed at rehabilitation are, *inter alia* periodical imprisonment and imprisonment for corrective training" (12) en "Because rehabilitation normally takes a long time, it can be meaningfully implemented only in relation to offenders who serve long-term prison sentences" (14). Die begrip "imprisonment for corrective training" regverdig moontlik verdere verduideliking.

Belangstellendes kan die boek met groot vrug lees en dit behoort ewe goed benut te kan word deur diegene wat belang het by die beregtiging van die oortreder en by vonnisoplegging. As agtergrond kan veral deel I vir sulke persone van onskatbare waarde wees. Die werk word met vrymoedigheid as handboek vir studente in die strafreg, penologie, kriminologie en verwante terreine aanbeveel.

JJ NESER
Universiteit van Suid-Afrika

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 1263 Pretoria 0001. Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20–25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.

Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

Die verfyning van die reg vir swartes in Suid-Afrika*

Reep verLoren van Themaat
MA LLB
Professor aan die Universiteit van Bophuthatswana

SUMMARY

Is the special law for blacks in South Africa of the same standard as the general South African common law? If not, what steps must be taken to improve or refine it?

It is contended that the juristic standard of the special law for blacks is the responsibility of all lawyers in South Africa, and not only of the government of black states and homelands or even of the South African government. It is so important that attention should be given to the quality of this law because it intimately affects every aspect of the lives of blacks.

Special law for blacks comprise: their indigenous customary law; legislation which purports to co-ordinate this law with the South African common law; and other legislation introduced for a variety of reasons specially for blacks.

The indigenous customary law is still living law in varying degrees for the largest part of the black population of South Africa. A serious project has been undertaken for the scientific restatement of this law from original sources. This research should be able to give it a much more scientific and realistic basis than exists at present.

In connection with the co-ordination of customary indigenous law with the common law of South Africa, the law of marriage is taken as an example. It is contended that both the recognition of the customary marriage in the ordinary courts of the land, and the adaptation of the common law marriage to the needs of blacks, have created problems, uncertainties and bad law. By far the greatest number of common law marriages in South Africa are solemnised between blacks, yet their special problems have received little serious attention. It would appear likely that similar problems exist in other fields of law where customary law has to be co-ordinated with the common law of South Africa: land law, the law of succession, law of procedure and evidence, criminal law and constitutional law.

In connection with other law which has been created specially for blacks, it is pointed out that the Wiehahn and Riekert commissions seem to have established that labour and influx control legislation are in need of reform. Their investigation only concerned a small portion of the special law for blacks. What is needed is an independent body of experts on the special legal problems of blacks with a permanent secretariat committed to planned, continuing and deliberate improvement and law reform. The success of the South African law commission in the reform of the general law of South Africa seems to suggest that this could be a separate division of the law commission, independent, small, but representative of the different branches of the legal profession and of the expertise which exists in South Africa in this field.

---

*Verwerking van 'n referaat gelewer by 'n simposium ter geleentheid van die viering van die tienjarige bestaan van die regsfakulteit van die Universiteit van Port Elizabeth 19–20 April 1979.

1 INLEIDING

Die basiese vraag waaroor hierdie bespreking gaan, is die volgende: is die reg wat vir swartes in Suid-Afrika geskep is, van dieselfde juridiese standaard as die algemene reg van Suid-Afrika? Indien dit nie die geval is nie, watter stappe kan gedoen word om die standaard te verbeter, met ander woorde, om die reg te verfyn?

Die vraag impliseer 'n sekere betrokkenheid, 'n verantwoordelikheid van alle juriste in Suid-Afrika ten opsigte van die reg wat vir swartes geskep word. Ek kry die indruk dat met die uitbouing van selfstandige en gaandeweg onafhanklike state vir swartes die mening gehuldig word dat die verantwoordelikheid vir hulle regsontwikkeling nou alleen by die regerings van daardie state lê. Natuurlik het hulle ook verantwoordelikheid, maar dit sluit ons verantwoordelikheid nie uit nie. Ons het grotendeels die reg geskep; as dit nie op peil is nie, moet ons dit verbeter. Selfs as al die gebiede onafhanklik word, sal meer as die helfte van die swart bevolking van die oorspronklike Suid-Afrika nog woon en werk, en in die meeste gevalle ook gedomisilieerd wees, in gebiede wat onder die wetgewende, uitvoerende en regsplegende gesag van die regering van die res van Suid-Afrika staan. In getal is hulle in hierdie gebiede meer as al die ander bevolkingsgroepe saam.[1] In hierdie tyd dat swartes ernstig soek na gelykwaardigheid, is dit seker die duidelike roeping van juriste as 'n groep om te verseker dat die reg van swartes in Suid-Afrika van dieselfde juridiese gehalte is as die reg van al die ander bevolkingsgroepe.

In die besonder is dit nodig omdat soveel fasette van swartes se lewe deur die reg beheers word en omdat die reg in 'n groot mate nie deur hulle self geskep is nie. In ons blanke gemeenskap is die reg die produk van die wysheid en ervaring van vele geslagte van ons voorouers, en van ons miskien nie-so-wyse huidige geslag, en pas dit op natuurlike wyse by ons behoeftes en leefwyse aan. Ingryping in ons lewe deur die reg, en veral onaanvaarbare ingryping, is die uitsondering. By swartes is dit anders: 'n groot deel van hulle lewe word deur die reg gereël: waar en hoe hulle mag woon, waar hulle mag werk, wat hulle kanse op promosie is, waar hulle mag handel dryf – om maar 'n paar terreine te noem waar die reg diep in hul alledaagse bestaan ingryp; 'n toestand waarvan hulle maar al te bewus is, soms pynlik bewus. Daar is veel dinge in die privaatreg wat vir hulle vreemd

---

[1]Die syfers volgens die 1970-sensus is die volgende:

Swartes in blanke gebied	8 202 000	
Swartes in tuislande	7 138 000	15 340 000
Blankes		3 773 000
Kleurlinge		2 054 000
Asiërs		630 000
Totaal		21 797 000

Suid-Afrikaanse Statistieke – 1978 Dept van Statistieke Pretoria par 1 15.
Behalwe die onafhanklike Transkei, Bophuthatswana en Venda, val die tuislande ook nog tot 'n groot hoogte onder die gesag van die Suid-Afrikaanse regering.

is, uit voeling met hulle regsgevoel. As hierdie reg dan nog onverfynd, onseker en ondeurdag is, raak die gebreke van die reg hulle daaglikse lewe soveel te meer.

Ons blankes het 'n lang geskiedenis van regsverfyning. Die proses loop deur die Romeinse reg, die mees verfynde regstelsel van sy tyd; deur die Kanonieke reg tot by die Romeins-Hollandse reg: 'n doeltreffende samestelling, deur skrywers en juriste bewerkstellig, van die Germaanse gewoonte- en wettereg enersyds en die Romeinse reg andersyds. Die proses loop verder deur regsontwikkeling in Suid-Afrika, deur die uitvoerige vonnisse van ons howe wat die oorgelewerde reg aangepas het by die praktiese werklikhede van die moderne tyd, deur die bydrae van juriste en skrywers, deur die werk van ons regsadviseurs en ons akademiese leermeesters. Ons jong akademici lewer ook 'n belangrike bydrae deur proefskrifte en publikasies. Laastens is daar ook nog die Suid-Afrikaanse regskommissie wie se werk geheel en al op verdere verfyning van ons reg ingestel is.

'n Mens sou sonder vrees van teenspraak kan sê: die Suid-Afrikaanse reg, vir sover dit op blankes van toepassing is, is oor die algemeen reeds goed, en die ontwikkeling daarvan is in elk geval in goeie hande.

Natuurlik geld hierdie goeie reg ook vir swartes, soos vir alle ander bevolkingsgroepe, en baat hulle ook daarby. Maar die reg wat hulle die meeste raak, is spesiale reg, dit wil sê reg wat slegs op hulle van toepassing is. Kan ons ook van hierdie reg sê dat dit werklik goed is? Die vraag eis 'n eerlike, realistiese antwoord van elke juris.

Die spesiale reg vir swartes kan in drie verdeel word:

1 die inheemse gewoontereg van swartes;

2 die reg wat hierdie inheemse gewoontereg inskakel by ons Suid-Afrikaanse gemenereg;

3 wetgewing wat geen verband hou met die inheemse gewoontereg nie, maar om 'n verskeidenheid van redes spesiaal vir swartes geld.

2 DIE INHEEMSE GEWOONTEREG VAN SWARTES

Ten eerste bespreek ek die eie inheemse gewoontereg, 'n lewende volksreg wat in die swart gemeenskap self ontstaan het, en noodgedwonge, soms taamlik teensinnig en stuksgewyse, deur die owerhede erken is. Ons kennis hiervan is nog onvolkome, meer gebou op die geskrewe vonnisse van howe wat spesiaal vir swartes ingestel is en sedert 1894 gerapporteerde vonnisse gelewer het, as op noukeurige wetenskaplike ondersoek na die reg soos dit vandag lewe in die swart gemeenskap self. Die afgelope vier jaar is 'n begin gemaak met 'n landwye projek, waarin veral akademiese volkekundiges en regsgeleerdes saamwerk, en waarby swartes en hulle regerings soveel moontlik betrek is, om op wetenskaplike wyse die reg van verteenwoordigende stamme van elke swart volksgroep in Suid-Afrika op te teken. In sy finale vorm is die optekening bedoel om so getrou as moontlik die gewoontereg van elke stam of groep in Suid-Afrika weer te gee. Dit moet

'n hulp word vir regsplegende beamptes, maar ook vir wetenskaplike ondersoek van die inheemse regstelsels as geheel. Dit is nie die bedoeling om die reg te kodifiseer of te verstar nie.

'n Besondere probleem, wat nie deur hierdie regsoptekening opgelos kan word nie, is dat lewende reg nie alleen volgens stamme verskil nie, maar ook volgens die mate van verwestering waarin swartes in hierdie oorgangstydperk lewe. In die regswerklikheid is daar nie sprake van 'n skielike oorgang na die Suid-Afrikaanse gemenereg nie, en die ideaal moet wees om die reg in ooreenstemming te bring met die regsgevoel van die mense wat daarvolgens moet lewe. By optekening word die aandag toegespits op die tradisionele gemeenskappe, waar die reg in oorspronklike suiwer vorm lewe. Die bevindinge wat spruit uit die optekening kan nie sonder meer toegepas word op swartes by wie die verwesteringsproses veel verder gegaan het, en wat leef onder omstandighede waarin hul tradisionele regsinstellings in elk geval nie sonder groot aanpassings kan geld nie. Tog bly ook by hulle 'n ander struktuur van persoonsverhoudinge, familiereg, erfreg, grondereg, staatsreg en prosesreg (om maar enkele regsgebiede te noem) bestaan as by blankes.

Om hierdie probleem op te los, sal 'n mens moontlik drie metodes van regsontwikkeling en regsontdekking moet gebruik. In die eerste plek sal meer wetenskaplike, empiriese navorsing gedoen moet word na die reg in nie-tradisionele gemeenskappe. By hierdie navorsing moet onder andere gelet word op die moontlikheid van die ontstaan van nuwe gewoontereg. Indien sodanige gewoontereg voorkom, moet kriteria bepaal word vir die erkenning daarvan. Dit is byvoorbeeld denkbaar dat vir die erkenning van sodanige reg, die ouderdom daarvan nie deurslaggewend hoef te wees nie. In die tweede plek sal besondere eise gestel moet word aan die howe wat spesiaal vir swartes ingestel is. Onder meer sal in elke besondere geval gekyk moet word na die wense van die partye. So 'n benadering sal tegelykertyd lig werp op die instelling van nie-tradisionele gemeenskappe teenoor tradisionele regsinstellings. In die derde plek kan howe, deur swartes self beman, in byvoorbeeld stedelike gebiede deur hulle regsaanvoeling 'n regskeppende funksie vervul en riglyne gee vir die ontwikkeling van die reg in nie-tradisionele gemeenskappe.[2]

Die projek sover toon wel duidelik dat die inheemse reg nog 'n lewende werklikheid is in die lewe van ontsaglik baie swartes, ook na 150 jaar van kontak met die blanke en sy reg. Dit is 'n natuurlike skepping, nou vervleg met die lewe en instellings van swartes, wat hulle lewe orden en vir elkeen sy plek in die samelewing bepaal. Aan die verfyning van hierdie reg word ernstig gewerk, maar veral waar die reg in 'n oorgangstadium is, is verdere aandag nodig.

---

[2]Sien, in dié verband, die interessante ontwikkeling van 'n eenvormige stadsgewoonte deur die inheemse geregshowe in Leopoldstad (Kinshasa), soos verduidelik in die proefskrif van Pauwels *Rechtskeuze en Wording van een Eenvormige Stadsgewoonte in de Inlandse Rechtbanken te Leopoldstad (Kinshasa) 1926–1940,* deur my gerensenseer in 1978 *THRHR* 215–218.

3 REG WAT INHEEMSE GEWOONTEREG BY SUID-AFRIKAANSE REG INSKAKEL

Die werklikheid van die bestaan van inheemse reg in 'n land waar die Suid-Afrikaanse gemenereg die primêre reg vir alle bevolkingsgroepe is, het dit nodig gemaak om reg daar te stel wat die inheemse gewoontereg inpas en aanpas by die gemenereg. Dit is wenslik dat die wetgewer, die uitvoerende beampte, en die howe almal sal meewerk om dit op 'n sinvolle en harmoniese wyse te laat geskied.

'n Goeie voorbeeld van die problematiek wat op hierdie gebied bestaan, en van die standaard van die reg wat hier geld, word verskaf deur enersyds die standpunt van ons gewone howe in Suid-Afrika ten opsigte van die gewoonteregtelike huwelik van swartes (in wetgewerstaal die "gebruiklike verbinding" genoem), en andersyds die standpunt van wetgewer en howe ten opsigte van die gemeenregtelike huwelik van swartes. Dit gaan met ander woorde oor die twee moontlike vorme wat swartes se huwelike kan aanneem. Dit gaan ook, dit moet 'n mens onthou, om die kern-instelling vir sosiale ordening van 'n gemeenskap; die regsbasis van die gesin. Ek kies hierdie regsgebied as voorbeeld vanweë die belangrikheid daarvan en omdat ek besondere kennis daarvan dra. Ek het alle rede om aan te neem dat die probleme en standaard van die reg op hierdie gebied verteenwoordigend is van dié op ander gebiede.

In die sewentig jaar na Unie-wording was daar nooit 'n deeglike, sistematiese ondersoek na juridiese aspekte van die huwelik van swartes nie. By blankes vir wie die huwelik in elk geval 'n gevestigde oorgelewerde regsinstelling is, is ondersoek ingestel na die huweliksgoedereg deur die Solomon-kommissie[3] en na die egskeidingsreg, en nou weer eens na die huweliksgoedereg, deur die Suid-Afrikaanse regskommissie.[4] Die spesiale probleme van swartes met hierdie aangeleenthede word nie deur enigeen van die kommissies behandel nie; hulle "gaan ver langs verby," byna soos die priester en die Leviet by die moeilike probleem van 'n halfdooie man op 'n gevaarlike pad in die gelykenis van die barmhartige Samaritaan.[5]

Die groot getal huwelike van hierdie aard is opvallend. Volgens die 1970-sensus was daar 1 157 000 swart mans en 1 411 000 swart vroue wat gewoonteregtelik getroud was en 649 000 swart mans en 707 000 swart vroue[6] wat gemeenregtelik getroud was. Die sensus noem dat 153 000 swart mans en 168 000 swart vroue sowel gewoonteregtelik as gemeenregtelik getroud was,[7] maar juridies bestaan so 'n kategorie nie. As 'n man en vrou wat gewoonteregtelik getroud is 'n gemeenregtelike huwelik sluit, verval hulle gewoonteregtelike huwelik volgens juridiese standaarde, alhoewel

---

[3] *Verslag van die Kommissie van Ondersoek na Regsonbevoegdhede van Vroue* UG 18/1949.
[4] RP 57/1978.
[5] Lukas 10:31–32.
[6] *Bevolking: 1970-Sensusverslae.* Die syfers is oor 12 verskillende bundels versprei, wat elk oor 'n aparte taalgroep handel, onder andere ook oor 'n groep wat geen inheemse taal gebruik nie. Die gegewens oor vreemde swartes is nie in hierdie syfers verwerk nie, omdat heel weinig van hulle vroue in Suid-Afrika is, en hulle huweliksprobleme hier nie ter sprake sal kom nie.
[7] ibid.

lobolo as afsonderlike kontrak bly staan. Dit is veelseggend dat so 'n dubbele huwelik wel in die regswerklikheid van swartes bestaan. Om die statistiese beeld te voltooi, gee ek die getal gemeenregtelike huwelike wat deur alle bevolkingsgroepe gesluit is in die laaste drie jaar waarvoor statistiek beskikbaar is:[8]

	Blank	*Kleurling*	*Asiër*	*Swart*	*Totaal*
1974	41 066	16 054	7 495	72 110	136 725
1975	41 333	16 694	7 938	56 785	122 750
1976	40 483	18 010	7 695	71 873	138 061

Dit is duidelik dat veel meer swartes as enige ander bevolkingsgroep tans gemeenregtelike huwelike sluit.

3 1 Ek bespreek eers die erkenning van die *gewoonteregtelike huwelik* (die gebruiklike verbinding), 'n regsinstelling wat, soos Holleman dit stel,

> "in die inheemse maatskappy 'n ewe fundamentele, onaantasbare en waardige plek inneem as sy soortgenoot in ons eie en enige ander geordende samelewing."[9]

Dit is die huweliksvorm van ongeveer twee-derdes van die swart bevolking wat behoorlik getroud is.

Volgens artikel 11(1) van die Swart Administrasiewet 1927 kan in kommissarishowe, wat in hulle jurisdiksie beperk is tot gedinge tussen swartes onderling, die inheemse gewoontereg na goedvinde toegepas word, en spesiale voorsiening word gemaak vir erkenning van die gewoonteregtelike huwelik. In die gewone howe van ons land word alleen die gemenereg, die Suid-Afrikaanse reg, erken. Hier het die wetgewer egter ad hoc voorsiening gemaak vir die erkenning van die gewoonteregtelike huwelik in beperkte, spesiaal omskrewe gevalle. Enige geding tussen swartes en lede van ander bevolkingsgroepe moet in die gewone howe verhoor word. Daar is geen prinsipiële lyn te trek tussen gevalle waar die gewoonteregtelike huwelik erken word, en waar dit nie die geval is nie. Wanneer 'n probleem opduik en die wetgewer, gewoonlik na lang vertraging, oortuig word dat hy moet ingryp, word voorsiening gemaak vir die besondere geval.[10]

'n Goeie voorbeeld van dié proses word gevind in die erkenning van die reg van 'n afhanklike eggenoot by 'n gewoonteregtelike huwelik, om onderhoud te eis in geval van die onregmatige veroorsaking van die dood van die broodwinner. 'n Onderhoudsplig bestaan volgens die inheemse gewoontereg en is konsekwent erken in die spesiale howe vir swartes.[11] In die hooggeregshof is beslis, eers in twee provinsiale afdelings[12] en toe, na 'n afwyken-

---

[8]Die syfers vir blankes, kleurlinge en Asiërs is verkry uit *Suid-Afrikaanse Statistieke 1978* Dept van Statistieke Pretoria. Syfers vir swartes is verkry van die Swart Bewysburo, Pretoria.

[9]Holleman "Die Bantoe-huwelik op die Kruispad" 1960 *Tydskrif vir Rasseaangeleenthede* 82.

[10]Soos die geval was met die erkenning van dié huwelik by 'n eis van 'n afhanklike vir onderhoud by die onregmatige dood van die broodwinner, hierna bespreek.

[11]*Mgqongqozi v Nyalambisa* 1919 NAC 32; *Kanjile v Mbeje* 1939 NAC (T & N) 25; *Zitulele v Mangquza* 1970 NAC (S) 49.

[12]*Mokwena v Laub* 1943 WLD 63; *Zulu v Minister of Justice* 1956 2 SA 128 (N).

de beslissing van die Witwatersrandse plaaslike afdeling[13] (na die toevoeging in 1943 van artikel 10bis tot wet 38 van 1927), ook in die appèlhof,[14] dat so 'n eis nie toegestaan kan word nie. Die rede is dat die eis vir onderhoud volgens ons reg beperk is tot die weduwee en kinders van die broodwinner wat onregmatig gedood is. Die gewoonteregtelike huwelik kan, volgens die uitspraak, nie in die gemenereg as wettige huwelik erken word nie, veral omdat eersgenoemde huwelik veelwywery toelaat terwyl die gemenereg veelwywery as teen die openbare orde beskou. Dus is die oorblywende vrou van so 'n huwelik geen weduwee nie.

Dit kom my voor asof die appèlhof op suiwer juridiese gronde nie tot 'n ander gevolgtrekking kon kom nie. Terselfdertyd is algemeen erken dat die beslissing tot 'n baie onregverdige resultaat lei.[15] In die besonder is dit die geval omdat 'n vrou by 'n gewoonteregtelike huwelik geen eis gehad het ingevolge die Verpligte Motorvoertuigversekeringswet[16] in geval van die dood van haar man en broodwinner nie. Waar die groot meerderheid swartes gewoonteregtelik getroud is, het dit gelei tot duidelike diskriminasie, met aansienlike geldelike verliese vir swart vroue wat onderhoud meestal bitter nodig het.

Die destydse regshersieningskomitee, 'n deeltydse liggaam sonder sekretariaat, is gevra om die saak te ondersoek, en het aanbeveel dat die regsposisie, soos deur die *Fondo*-saak aan die lig gebring, nie deur wetgewing reggestel word nie. Die redes, soos opgesom deur Kahn, is insiggewend:

> "Fears were expressed, inter alia, that reform might lead to a break-through of Native law into the personal relationships and law of the Whites and of other non-Bantu . . ."

en

> "too little is known about the subject to assess all its implications or to recommend any legal amendments at this stage with confidence."[17]

Die regering se standpunt was gelukkig meer positief. Die gevolge van die regsposisie in die *Fondo*-saak word deur die regering as onverdedigbaar beskou, en deur artikel 31 van wet 76 van 1963 is die posisie in 'n weloorwoë bepaling reggestel. Dit maak voorsiening vir eise vir verlies van onderhoud veroorsaak deur die onregmatige veroorsaking van die dood van enigeen van die gades by 'n gewoonteregtelike huwelik. Dit los die bewysprobleem op deur die las op die kommissaris te plaas om in elke geval

---

[13] *Fondo v Santam* WLD ongerapporteer.

[14] *Santam v Fondo* 1960 2 SA 467 (A).

[15] Reeds in 1960 het mnr Johan Cope LV 'n wetsontwerp voorgestel wat die vrou se reg om te eis sou erken, en die destydse dept van Bantoe-Ontwikkeling en -Administrasie het in beginsel daarmee saamgestem. Sien Kahn "Dependant's Action Brought by Native Customary Wife" 1960 *SALJ* 276–278.

[16] oorspronklik wet 29 van 1942, nou wet 56 van 1972. 'n Geding van 'n swarte teen 'n versekeringsmaatskappy moet in die hooggeregshof verhoor word, nie in die kommissarishof nie, omdat tot hede geen versekeringsmaatskappy as "swart" beskou kan word nie.

[17] Kahn "Does the Law Revision Committee lag behind the Legislature? With Special Reference to Wrongful Death Actions by Customary Spouses" 1964 *SALJ* 102. Ongelukkig was die oorspronklike, die 11de rapport van die komitee, nie vir my beskikbaar nie.

ondersoek in te stel of 'n gewoonteregtelike huwelik bestaan het. Sy sertifikaat is prima facie bewys daarvan. Die artikel maak ook voorsiening vir 'n broodwinner wat meer as een afhanklike vrou nalaat: alle vroue moet dan in een geding hulle eise stel, en saam kan hulle nie meer eis as wat een vrou anders sou kon eis nie. Sover vasgestel kan word, werk die artikel, wat nou reeds 16 jaar bestaan, bevredigend in die praktyk.[18]

Enkele gevolgtrekkings kan gemaak word. Dit is moontlik om die wisselwerking tussen die twee regstelsels regverdig en bevredigend te reël; mits behoorlike aandag daaraan gegee word. Deurdat daar nie 'n bevoegde liggaam was om die saak behoorlik te ondersoek nie, het 'n duidelik onregverdige bedeling vir swartes vir meer as twintig jaar bly bestaan voor dit reggestel is. Sover vasgestel kan word, is hierdie die enigste geval waar die ou regshersieningskomitee, of die nuwe Suid-Afrikaanse regskommissie, direk gevra is vir 'n aanbeveling in verband met die inskakeling van die gewoontereg van swartes. Soos sal blyk, het ook die ondersoek na die egskeidingsreg probleme in verband met swart egskeidings en gewoontereg geïmpliseer, maar die regskommissie het nie daarop ingegaan nie. Beide kommissies het uitstekende werk gedoen in die verfyning van ons reg, maar hulle is nie ingestel op verfyning van die reg van swartes nie; daarvoor is besondere spesialisasie nodig. Want, soos Kahn dit stel:

> "When draftsmen play with the interaction of the common law and systems of native law, they are entering into an involved and hazardous game that requires deep consideration before making a move."[19]

Deur statutêre erkenning van 'n weduwee uit 'n gewoonteregtelike huwelik se reg op onderhoud in geval van die onregmatige veroorsaking van die dood van haar man, word die hele probleem in verband met die dogmatiese nie-erkenning van sulke huwelike deur die gewone howe in Suid-Afrika nog nie opgevang nie. Die probleem is die nie-erkenning in ons gewone howe van 'n huwelik wat vir 'n groot deel van ons bevolking die regsbasis van 'n gesin is. Wat statutêr behandel word, is simptome van die probleem. Elke keer duik nuwes op.

Die jongste simptoom is die kwessie van voogdy oor minderjarige kinders gebore uit gewoonteregtelike huwelike. Volgens die inheemse gewoontereg, net soos volgens die Suid-Afrikaanse reg, is die vader die voog van sy afhanklike kind, en kan hy namens hom optree of hom bystaan by kontraksluiting en in hofgedinge. Weens die nie-erkenning van die gewoonteregtelike huwelik in die gewone howe, word die kind van so 'n huwelik gelykgestel met 'n onwettige kind, en moet sy moeder namens hom optree of hom bystaan. Artikel 11(3)(b) van die Swart Administrasiewet bepaal dat die vrou by 'n gewoonteregtelike huwelik beskou word as 'n minderjarige en haar man as haar voog as hulle saamwoon. Indien die saamwoning twyfelagtig is, soos by trekarbeiders, word handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid onseker.

---

[18]Die enigste gerapporteerde vonnisse in verband met die artikel, sover ek kan vasstel, is *Pasela v Rondalia Versekeringskorporasie van SA Bpk* 1967 1 SA 339 (W) en *Majeki v Shield Insurance Co Ltd.* 1975 4 SA 370 (K). Dit toon geen tekortkoming in die wetgewing nie.

[19]Kahn "Dependant's Action Brought by Native Customary Wife" 283.

In *Simayile v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd*[20] wou 'n versekeringsmaatskappy by die skikking van 'n eis ingestel namens 'n minderjarige gebore uit 'n gewoonteregtelike huwelik, nie die risiko loop dat met 'n verkeerde party geskik word nie. Die vader word verplig om aansoek te doen dat hy as curator ad litem aangestel word.

In *Samente v Minister of Police*[21] reik die vader dagvaarding namens sy minderjarige seun uit. Later word blykbaar ontdek dat die vader net gewoonteregtelik getroud is. Sy vrou woon op 'n plaas terwyl hy in die stad werk, maar hy besoek haar van tyd tot tyd. Sy doen toe as voog van die minderjarige aansoek dat sy haar man vervang as eiser; òf bygestaan deur haar man, indien die hof sou vind dat hulle saamwoon, òf anders alleen. As alternatief doen sy aansoek dat haar man aangestel word as curator ad litem. Hierdie laaste aansoek word toegestaan. Dit lyk asof dit die veiligste is om in alle sulke gevalle die vader as curator ad litem te laat aanstel.

Dit is skaars nodig om te herhaal, soos ek reeds in 'n bespreking van die pasvermelde vonnis vollediger aangevoer het,[22] dat, soos die positiewe reg tans staan, 'n gekunstelde, juridies onbevredigende konstruksie, wat teen die regsgevoel van die betrokke mense self indruis, nodig is om 'n doodgewone regsverhouding te reël; en dat die regsposisie onseker is en groot en onnodige koste meebring. My grootste beswaar is dat die posisie vir man, vrou en kind vernederend is. Die huwelik, die basis van hulle gesin, word beskou as bloot 'n vorm van onwettige saamlewing.

Die oplossing van hierdie probleem lê myns insiens nie in die statutêre behandeling van simptome nie, maar in die vind van 'n formule waardeur die gewoonteregtelike huwelik, maar wyer nog, die hele gewoontereg van swartes, in ons gewone howe in paslike gevalle erken kan word. Watter liggaam kan beter daartoe in staat wees as 'n regskommissie, saamgestel min of meer soos ons Suid-Afrikaanse regskommissie, maar met spesiale kundigheid in verband met die reg van swartes?

3 2 Die *gemeenregtelike huwelik* word as 'n regsinstelling beskou wat beskikbaar is vir alle bevolkingsgroepe in Suid-Afrika, dus ook vir swartes. Dit word beskou as die enigste volwaardige huwelik in die Suid-Afrikaanse reg, vandaar die naam "gebruiklike verbinding" vir die gewoonteregtelike huwelik. Die gemeenregtelike huwelik is geheel 'n instelling van die Westerse Suid-Afrikaanse reg. 'n Poging om dié instelling op sinvolle wyse in sy geheel in te pas by die regswerklikheid van die lewe van swartes is nog nooit aangepak nie. Die werklikheid het egter die wetgewer genoodsaak om enkele wysiginge in verband met die huwelik van swartes aan te bring. Die meerderheid van hierdie wysiginge was ondeurdag, dikwels onvolledig en onduidelik. Waar die howe gekonfronteer is met probleme in verband met hierdie huwelik was hulle verplig om sulke sake regsdogmaties te benader. Nie die belange van die mense in sosiologiese en volkekundige verband

---

[20]1972 2 SA 487 (OK). Die feite in die verslag is onvolledig maar word aangevul deur Kerr in sy bespreking van die vonnis (1973 *SALJ* 4–11).
[21]1978 4 SA 632 (OK).
[22]1979 *THRHR* 112–116.

gee die deurslag nie, maar die regsbenadering volgens die beginsels van die gemenereg. Die gemeenregtelike huwelik word deur swartes in baie verskillende stadiums van verwestering en om baie verskillende redes gesluit. Dit word beskou as die Christelike huwelik, wat gesluit moet word deur elkeen wat na die Christelike geloof oorgaan; dit vergemaklik die posisie van swartes in verband met baie administratiewe handelinge; dit is ook 'n respektabele stap om te doen en word ondersteun deur die meeste separatistiese kerke. Die volgende bewering van Seymour is 'n regsfiksie, nie 'n regswerklikheid nie:

> "Generally speaking, when a Bantu person has married by civil rites, he intends (or must be deemed to have intended) that the law of the land shall be applied to all matters arising out of his marriage, including the status and rights in property of the spouses, the consequences of the marriage, and its eventual dissolution."[23]

Seymour weerspreek later self die deur hom veronderstelde bedoeling van 'n swarte wat 'n gemeenregtelike huwelik sluit:

> "Except that most Bantu must, by this time, realise the monogamous quality and particular binding force of the marriage, they are, on the average, inclined to regard it in some aspects as they do a customary union."[24]

Ook volkekundige skrywers wys op hierdie neiging.[25]

Bogenoemde veralgemenings vereis stawing.

Die Swart Administrasiewet 1927 maak voorsiening vir–

a die regsposisie as 'n swart man trou tydens die bestaan van 'n gewoonteregtelike huwelik met 'n ander vrou;

b die vermoënsregtelike gevolge van die gemeenregtelike huwelik van swartes;

c die instelling van 'n spesiale egskeidingshof in verband met gemeenregtelike huwelike van swartes;

d toestemming tot die gemeenregtelike huwelik van meerderjarige swart vroue in Transvaal en Natal;

e die regsisteem wat sal geld ten opsigte van erfopvolging by die dood van swartes wat gemeenregtelik getroud is. Dit word bepaal by wyse van die regulasies uitgevaardig ingevolge die wet.

Hierdie vyf bepalings moet krities bekyk word. Geen voorsiening word vir die volgende gevalle gemaak nie:

a die gemeenregtelike huwelik van 'n swart man met die vrou met wie hy reeds gewoonteregtelik getroud is;

b die gemeenregtelike huwelik van 'n swart vrou tydens die bestaan van 'n gewoonteregtelike huwelik met 'n ander man;

---

[23]Seymour *Bantu Law in South Africa* 3e uitg 43.
[24]ibid 237.
[25]Sien Coertze *Die Familie-, Erf- en Opvolgingsreg van die Bafokeng van Rustenburg* (1971)

c die gemeenregtelike huwelik van 'n swart man waar sy gewoonteregtelike vrou reeds oorlede is, maar kinders nalaat en daar dus 'n "huis" geskep is, waarvan onder andere die materiële bates onder die man se beheer is;

d die posisie van lobolo by gemeenregtelike huwelike;

e die presiese verdeling van goed waar die man te sterwe kom en verskillende huise (die gevolge van gewoonteregtelike huwelike) nalaat, asook 'n vrou en kinders uit 'n gemeentereglike huwelik. Is hier nog sprake van 'n rangorde van huise, en sal byvoorbeeld by die Kaapse Nguni, alle bates wat nie spesiaal toegewys is aan ander huise nie, aan die hoofhuis toekom?

Ongelukkig laat die beskikbare ruimte my nie toe om hierdie gevalle te bespreek nie.

'n Kort bespreking kan egter gewy word aan die besondere probleme wat *wel* statutêr gereël is.

3 2 1 By die huwelik van 'n swart man tydens die bestaan van 'n gewoonteregtelike huwelik met 'n ander vrou word bepaal dat die man in 'n beëdigde verklaring die gewoonteregtelike huwelik moet openbaar voor die magistraat of kommissaris van die distrik waarin hy gedomisilieer is, met opgawe van die naam van elke vrou met wie hy so getroud is en elke kind uit so 'n huwelik gebore, asook van die roerende goed wat aan die huis van die vrou volgens gewoontereg toebedeel of daardeur verwerf is.[26] Artikel 22(7) bepaal dat die gemeenregtelike huwelik in so 'n geval geen invloed het op die materiële regte van die vorige eggenote of eggenotes of hulle kinders gedurende die lewe van die man nie. By sy dood het die weduwee uit die gemeenregtelike huwelik en haar kinders ook geen groter regte op die boedel van die oorledene as wat hulle sou gehad het indien die gemeenregtelike huwelik 'n gewoonteregtelike huwelik was nie.

Opvallend is dat hier glad nie gesê word wat van die gewoonteregtelike huwelik as regsinstelling word nie. In *Nkambula v Linda*[27] het die appèlhof vir kommissarishowe in 1949 bevind dat die gewoonteregtelike huwelik in so 'n geval nog bestaan, maar in appèl het die appèlafdeling van die hooggeregshof in dieselfde saak tot die gevolgtrekking gekom dat 'n gewoonteregtelike huwelik met 'n ander vrou onversoenbaar is met die wesensaard van die gemeenregtelike huwelik[28] – myns insiens 'n vanselfsprekende gevolgtrekking. Dit beteken dus dat die gewoonteregtelike huwelik sonder enige kennisgewing aan die vrou, en sonder voorsiening en reëling van uitstaande sake (die sorg en bewaring van die kinders, finansiële en vermoënsregtelike reëlings, verblyf ensovoorts) tot 'n einde gebring word bloot deur

---

Sabra Pretoria 237–242.

[26]Doen hy dit nie, is hy skuldig aan 'n misdaad – a 22(1) en (5) van wet 38 van 1927.

[27]1949 NAC 60 (NE). Dit is merkwaardig dat 20 jaar na die inwerkingtreding van die wet daar nog onsekerheid was oor so 'n kernpunt. Hierdie vonnis was in stryd met vorige vonnisse van appèlhowe vir swartes in die Kaap en Transkei – *Nzambalala v Silinga* 1 NAC 40; *Ngqosana v Msutu* 2 NAC 190; *Kos v Raphila* 1945 1 PH R 18. Slegs die laaste saak is beslis na die inwerkingtreding van die Swart Administrasiewet.

[28]1951 1 SA 377 (A).

die huwelik met iemand anders; uit alle oogpunte 'n onwenslike en onverantwoordbare toestand van sake. Wat beteken die materiële regte van die vrou wat behoue bly volgens artikel 22(7)? In tradisionele gemeenskappe het sy gewoonlik 'n eie hut in die kraal van haar man. Is die verdere reg op verblyf dáár nie 'n materiële reg nie? In die praktyk gebeur dit dat 'n man wat in die stad werk gemeenregtelik trou. Sy gewoonteregtelike vrou in die tuisland kan moontlik glad nie weet van die ontbinding van haar huwelik nie.

3 2 2 Artikel 22(6) bepaal dat 'n gemeenregtelike huwelik van swartes nie gemeenskap van goedere tot gevolg het nie, tensy die partye 'n spesiale verklaring aflê. Die artikel sê nie wat die vermoënsregtelike gevolge wel is nie. Volgens 'n verklaring wat namens die destydse departement van Naturelle-sake in die Transkeise algemene raad in 1947 gemaak is, het artikel 22(6) na die oordeel van die departement drie vorme van gemeenregtelike huwelike vir swartes moontlik gemaak naamlik:

a huwelike binne gemeenskap van goedere, dit is waar 'n verklaring afgelê is;

b huwelike buite gemeenskap van goedere, dit is waar die partye 'n huweliksvoorwaardeskontrak gesluit het;

c ander huwelike waar die vermoënsregtelike gevolge deur die inheemse gewoontereg bepaal word, dit is waar partye geen verklaring afgelê of huweliksvoorwaardeskontrak gesluit het nie. Daar is dan ook bepaal dat ingeval 'n persoon wat so getroud is intestaat sterf, sy boedel volgens die gewoontereg vererf, terwyl in die eerste twee gevalle die gemenereg die verdeling van sy boedel bepaal.[29]

In *Molefe v Molefe*[30] het die appèlhof vir kommissarishowe bekragtig dat by huwelike sonder verklaring, die vermoënsregtelike gevolge deur die gewoontereg bepaal word. Die appèlafdeling van die hooggeregshof kom egter in dieselfde saak,[31] tot die vanselfsprekende gevolgtrekking:

> "In the case of a legal marriage the proprietary rights of the spouses resulting therefrom must be governed by the common law of South Africa . . ."[32]

Dit wil sê, indien die huwelik nie binne gemeenskap van goedere is nie, moet dit buite gemeenskap wees. Die hof bevind verder, na 'n ontleding van die artikel, dat die maritale mag van die man behoue bly.

Twee opmerkings kan hieroor gemaak word:

a Vir die sewentien jaar wat gevolg het op die inwerkingtreding van hierdie deel van die wet, dit wil sê voor die *Molefe*-saak, was die regsposisie in verband met die vermoënsregtelike gevolge van die gemeenregtelike huwelik van swartes onseker;

b die finale reëling is nie gemaak deur die wetgewer na sorgvuldige oorweging van wat die beste vir die swartes is nie; die wetgewer het die

---

[29]verslag van Verenigde Transkei se Algemene Raad 1947 8.
[30]1944 NAC (N & T) 36.
[31]*Ex parte Minister of Native Affairs in re Molefe v Molefe* 1946 AD 315.
[32]317.

saak in die onsekere gelaat, en 'n hof moes beslis op dogmaties juridiese gronde. Die vonnis skep chaos in verband met die erfreg, en dié chaos is nou, in 1980, nog nie opgeklaar nie. Hierop kom ek later terug.

Is dit goeie reg?

3 2 3 Die wysigingswet van 1929 op die Swart Administrasiewet het 'n spesiale egskeidingshof ingestel om gedinge rakende die ontbinding van die gemeenregtelike huwelik van swartes te verhoor.[33] Die hof het geen statutêre magtiging om die inheemse gewoontereg toe te pas nie, en alhoewel die voorsittende beamptes daarvan lede van die appèlhof vir kommissarishowe, en dus kenners van inheemse reg, is, moet enige saak oor lobolo by gemeenregtelike huwelike apart in die kommissarishof beslis word, nadat die egskeidingshof sy werk gedoen het.

Volgens navorsing word die meerderheid gemeenregtelike huwelike steeds gesluit met betaling van lobolo.[34] Lobolo word deur Seymour beskou as

> "the rock on which the customary union is founded: there is considerable justification for the view that a dowry contract has a greater binding force than a marriage at common law."[35]

Holleman noem dit "the keystone of all Bantu marriages."[36] Dit versinnebeeld die familiebetrokkenheid by die huwelik: die familie speel by sluiting en ontbinding van die gewoontehuwelik 'n groot en bestendigende rol. Deur die uitsluiting van lobolo, weer deur regsdogma en sonder ondersoek na die vraag of dit wenslik is of nie, word ontbinding van die gemeenregtelike huwelik heeltemal 'n individuele transaksie, tot moontlike nadeel van die bestendigheid daarvan.

Dit was vir my 'n groot teleurstelling dat die Suid-Afrikaanse regskommissie, met die deeglike ondersoek na egskeidingsreg wat in 1979 tot nuwe wetgewing gelei het, nie die spesiale probleme van die egskeiding van swartes oorweeg het nie.[37] Dit is nie dat ek bevraagteken dat ook by hulle "die onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik" as vernaamste egskeidingsgrond moet geld nie. So was dit al lankal by die gewoonteregtelike huwelik.[38] Die ander probleme van die egskeidingsreg van swartes vereis egter verdere ondersoek; besmoontlik 'n afsonderlike ondersoek deur per-

---

[33]a 10 van wet 9 van 1929.

[34]In *Die Bantoe in die Stad* (1966) Sabra 22 gee Steyn persentasies van die voorkoms van lobolo wat by gemeenregtelike huwelike van swartes in die stad deur volkekundige en sosiologiese navorsers gevind is. Dit wissel van 40%–98%. Sy kom tot die gevolgtrekking dat by die meerderheid van sulke huwelike lobolo wel oorgedra word. Holleman op cit (1960) 106–107 meld dat lobolo in die stede floreer, en oorgeplaas is op stamvreemde instellings soos kerklike en burgerlike huwelike.

[35]Seymour op cit 143.

[36]Holleman "The Recognition of Bantu Customary Law in South Africa" in *The Future of Customary Law in Africa* (1955) Universitaire Pers Leiden 251.

[37]RP 57/1978.

[38]Holleman op cit (1960) 92: "Geldige redes vir die ontbinding van die Bantoe-huwelik is wyd gebaseer, sleg gedefinieer maar realisties van aard. Eintlik enige rede wat die voortsetting van die huwelik onredelik of prakties onmoontlik maak, mag lei tot pogings om die huwelik te ontbind."

sone wat in die rigting spesialiseer. Dit is nie dat ek differensiasie voorstaan as beginsel nie, maar lobolo skep spesiale probleme en met die groot getal huwelike en egskeidings[39] van swartes moet dié probleme ondersoek word. Die partye besluit self om met lobolo te trou. Om die positiewe elemente daarvan te negeer omdat regsdogma daarteen is, lyk onverstandig. Ek besef dat dit nie eenvoudig sal wees om 'n bevredigende formule vir erkenning te vind nie. Terwyl die ander bevolkingsgroepe se egskeidingsreg in diepte ondersoek is, kan die egskeidingsreg van swartes egter nie agterbly nie.[40]

3 2 4 Volgens 'n wysiging van die Swart Administrasiewet 1927 in 1972[41] word bepaal dat in Transvaal en Natal 'n huweliksbevestiger nie 'n *meerderjarige* swart vrou in die huwelik mag bevestig sonder goedkeuring van haar vader of voog nie (wat 'n voog volgens die inheemse reg insluit). Voorsiening word gemaak vir geval sodanige toestemming nie verkry kan word nie, of onredelik geweier word.

Die bestaande wette in verband met huwelike van swartes in Natal en Transvaal word gelyktydig herroep.[42] In Natal het 'n soortgelyke bepaling reeds bestaan; in Transvaal was die ou bepaling heeltemal anders.

Die voordeel van die artikel is dat dit ooreenkom met die gewoontereg, en deur meer tradisioneel-geneigde swartes moontlik verwelkom sal word omdat dit groter bestendigheid en familiebetrokkenheid meebring. Maar daar is ernstige besware. Die huweliksreg van alle ander bevolkingsgroepe is gekonsolideer vir die hele Suid-Afrika. As die bepaling werklik verdienstelik is, waarom geld dit nie ook vir die Kaap en die Vrystaat nie? Die Grondwet van Swart Tuislande 1971[43] het tuislandregerings in die tweede stadium van selfstandigwording die bevoegdheid gegee om Suid-Afrikaanse wette oor huwelike te wysig. Was hulle dan nie die aangewese wetgewers om te besluit of so 'n bepaling nodig was en om dan die inisiatief te neem nie? Intussen is daar al ernstige bedenkinge oor dié bepaling uitgespreek. Nkadimeng sê daarvan:

---

[39]Ongelukkig kan geen onlangse statistieke van die getal egskeidings opgespoor word nie. Daar is drie afdelings van die egskeidingshof in die sentrale afdeling, twee elk in die suidelike en noord-oostelike afdelings, wat redelik voltyds werk.

[40]Dit lyk na 'n chroniese kwaal van die huweliksreg van swartes dat terwyl die reg van ander groepe in orde gebring word, lang tye verloop voor aandag gegee word aan hulle reg. In Transvaal het die Huweliksordonnansie 1871 net vir blankes gegeld; die huwelike van kleurlinge, wat swartes ingesluit het, sou deur 'n aparte wet gereël word. Dit is eers in wet 3 van 1897 gedoen, en sover ek kan vasstel was in die 26 jaar wat tussenin verloop het geen huwelik van swartes as regsgeldige huwelik erken nie, omdat die gewoonteregtelike huwelik beskou is as ongeldig en teen die goeie sedes omdat dit poliginies was en, so was die beskouing, ook die koop van vroue meegebring het. Sien Brookes *History of Native Policy in South Africa* 2e uitg 193–194; Simons *African Women: Their Legal Status in South Africa* (1980) London 37–38. Die Huwelikswet 25 van 1961 het alle provinsiale wetgewing vir blankes herroep en gekonsolideer. Enige spesiale bepaling in verband met nie-blankes is behou, maar kon by proklamasie herroep word. Dit het 11 jaar, tot 1972, geduur voor 'n nuwe bepaling gemaak is deur wet 23 van 1972, en die sterk verouderde bepalings van provinsiale wetgewing wat in sommige gevalle uit die vorige eeu dateer, herroep is.

[41]a 2 van wet 23 van 1972.

[42]Prok R298 SK 3713 van 24 November 1972.

[43]21 van 1971.

"It is submitted that since Section 22ter of the Bantu Administration Act 1927 causes more harm than it purports to prevent, it should be removed from the Statute book at the first available opportunity."[44]

3 2 5 Ten laaste reël goewermentskennisgewing R34 van 7 Januarie 1966 die regsisteem wat geld vir die verdeling van die boedel van 'n swarte wat intestaat sterf. Hier is die vorm van sy huwelik een van die bepalende faktore. As hy binne gemeenskap van goedere of volgens huweliksvoorwaardeskontrak getroud was, geld die Suid-Afrikaanse reg, ook in geval van die afsterwe van 'n wewenaar, weduwee of geskeidene uit so 'n huwelik. As hy daarenteen sonder so 'n verklaring getroud was, en die huwelik dus volgens die *Molefe*-saak buite gemeenskap van goed is, geld die inheemse gewoontereg ten opsigte van erfopvolging.[45]

Die substantiewe bepalings van die regulasie geld reeds sedert 1929,[46] en dit wil voorkom dat dit afgekondig is in 'n tyd toe die regering onder die indruk verkeer het dat die vermoënsregtelike gevolge van 'n huwelik sonder verklaring, deur die inheemse gewoontereg bepaal word. Dit is dan moeilik te begryp hoekom, na die vonnis in die *Molefe*-saak, hierdie bepaling in die 1966-regulasies nie verander is nie. Die posisie kom nou daarop neer dat by so 'n gemeenregtelike huwelik die vermoënsregtelike gevolge gedurende die lewe van beide die eggenotes deur die gemenereg bepaal word, maar by die dood van een van hulle verander die regsisteem eensklaps, en word erfopvolging deur die gewoontereg bepaal. Die twee sisteme verskil in diepste wese. In die gemenereg word goedere in individuele eiendom gehou, man en vrou het elk 'n eie boedel en opvolging geskied van goedere alleen en aan individuele erfgename. Volgens gewoontereg is alle bates gesinsvermoë wat in gesamentlike besit deur die familie as geheel besit word, maar waaroor die man as gesinshoof beheer het. By sy dood bly die familie of huis as eenheid bestaan, 'n opvolger volg die oorledene op as gesinshoof, neem sy plek in, en neem al sy verantwoordelikhede en laste, maar ook al sy voorregte oor.[47] Daarom is dit universele opvolging. So 'n opvolger moet 'n agnatiese manlike bloedverwant wees, in die eerste plek 'n manlike afstammeling volgens eersgeboortereg, maar anders die man se vader, broers of hulle afstammelinge volgens eersgeboortereg, of verdere assendente of kollaterale. Sy vrou, soos alle vroue, is uitgesluit. As die vrou daarenteen die eerssterwende is, lyk dit asof haar man as gesinshoof haar goedere oorneem. Die reëling veronderstel 'n heeltemal ander familiestruktuur en goedere-

---

[44]"Consent to African Marriages" 1974 *Speculum Juris* 84 90.

[45]Reg 2(c), maar sien reg 2(d)(i) vir die diskresie van die minister om in gevalle waar die toepassing van inheemse reg onregverdig of onwenslik is, te bepaal dat die boedel volgens gemenereg kan vererf.

[46]GK 1664 van 20 September 1929.

[47]Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe* (1969) 430. Ek is bewus daarvan dat nie alle skrywers oor die presiese aard en juridiese beskrywing van die regsposisie saamstem nie. In *Mgoza v Mgoza* 1967 2 SA 436 (A) 440 stel hr Steyn dit só: "According to Seymour, *Native Law in South Africa*, pp 175, 195 *et seq* the kraalhead lives on in his heir. The heir 'steps into the shoes of his predecessor;' inherits all his rights, and also his liabilities. To third parties he is, with certain exceptions, liable in full in Bantu Law, even to the extent that his own property may be attached in execution . . . Such liability lends emphasis to the notion of the heir continuing, as it were, the *persona* of his predecessor."

besit as wat bestaan het voor die dood van die eerssterwende. Het ons hier te doen met sorgvuldig oorwoë reg? Is daar voldoende beskerming vir die vrou in hierdie reëling? Ek twyfel.

Ek het probeer aantoon dat in elk van die gevalle waar spesiale voorsiening gemaak is in verband met die gemeenregtelike huwelik van swartes probleme bestaan, in sommige gevalle baie ernstig, in ander gevalle minder ernstig.

Die getal gemeenregtelike huwelike van swartes regverdig dat dit 'n verfynde regsinstelling moet wees, waarby die werklikheid van die bestaan van gewoonteregtelike instellings op sinvolle en harmoniese wyse versoen is met die Suid-Afrikaanse gemenereg. Op die oomblik is dit werklik nie die geval nie. Dieselfde geld vir die inskakeling van die gewoonteregtelike huwelik by ons Suid-Afrikaanse reg in die gewone howe van ons land. Albei vorme van huwelike van swartes is werklik nie bevredigend gereël nie.

Ek het geen twyfel dat 'n noukeurige ondersoek van ander dele van die gewoontereg van swartes sal aantoon dat ook daardie reg nog nie op verfynde wyse met ons Westerse Suid-Afrikaanse reg versoen is nie. Hier dink ek onder meer aan die grondereg, die bewys- en prosesreg, die erfreg, die staatsreg en die strafreg. Sommige van hierdie gebiede is moontlik belangriker as die familiereg. Die grondereg moet die juridiese basis vorm vir landbou- en stadsontwikkeling. Die staatsreg moet sy rol speel by 'n toekomstige staatkundige bedeling. Waarom het die Westminster-parlementêre sisteem byna orals in Afrika maar baie kort die onafhanklikheid oorleef, en wat is die alternatiewe?

Hier is ongetwyfeld baie suiwer juridiese werk te doen, en juriste moet die nodige masjinerie daarvoor help skep.

4 SPESIALE WETGEWING SONDER VERBAND MET GEWOONTEREG

Ten laaste wil ek enkele opmerkings maak oor die derde soort spesiale reg vir swartes, die reg wat om vele redes vir hulle geskep is deur die blanke wetgewer en administrateur. Dit is groot en onoorsigtelik in omvang. Dit is gewoonlik reg wat swartes baie nou raak en waarteen dikwels die ernstigste besware ingebring word. Dit hang saam met beleid, en het dus bepaald 'n politieke inslag, waaroor dit in hierdie bespreking nie gaan nie.

Maar dit het ook 'n juridiese inslag. Juis omdat dit sulke sensitiewe reg is, is dit gebiedend noodsaaklik dat dit juridies met die grootste sorg behandel word.

Die enigste gebied waarvan ek 'n ernstige studie gemaak het, is die arbeidsreg. Die Nywerheidsversoeningswet[48] het tot nou toe die arbeidsverhoudinge gereël van blanke, gekleurde en Asiër-werknemers en die Wet op Swart Arbeidsverhoudinge[49] die arbeidsverhoudinge van swart werk-

---

[48]28 van 1956.
[49]48 van 1953.

nemers. Toe professor Wiehahn hierdie twee stelsels met mekaar vergelyk, sê hy in 1977:

> "I would, however, like to mention that the characteristics of the system under the one Act are vastly different from that under the other Act – the industrial council system is more centralised, industry wide, more democratic, limited to non-Bantu workers, *juridically much better designed*, longer established and well proven. The committee system, on the other hand, is more decentralised, more or less limited to an establishment, restricted to Bantu workers, *juridically not well thought out*, of recent origin, not so well proven and much less democratic or much more paternalistic than the industrial council system"[50] (ek kursiveer).

Die gevolge van die verskil in die standaard van wetgewing het ook nie uitgebly nie. In 1974 was daar 27 werkstopsettings by blankes en gekleurdes, waarby 1 500 werknemers betrokke was. By die swartes was daar 350 geskille waarby ongeveer 60 000 werknemers betrokke was.[51] Politieke faktore moet nie buite rekening gelaat word nie, maar daar skyn tog 'n korrelasie te wees tussen goeie en swak wetgewing en die arbeidsonrus by die verskillende bevolkingsgroepe.

Nou is dit so dat daar tans, na die Wiehahn-verslag, intensief en met vrug gewerk word om hierdie wetgewing te verbeter. Maar die wet bestaan sedert 1953. Moes daar nie lank tevore al na sy juridiese kwaliteit gekyk gewees het nie?

'n Ander besonder sensitiewe deel van wetgewing spesiaal vir swartes is instromingsbeheer. Dit kry nou aandag. In 1976 het die Viljoen-kommissie van ondersoek na die strafstelsel aanbeveel dat instromingsbeheer en aandklokreëls gedekriminaliseer word, omdat dit die belangrikste oorsaak vir die oorbevolking van Suid-Afrikaanse gevangenisse deur korttermyngevangenes is.[52] Nou is instromingsbeheer weer deur die Riekert-kommissie deeglik ondersoek in verband met die mobiliteit van arbeid.

In 1971 was 42% van die gevangenes wat gevangenisstraf van minder as vier maande uitgedien het, gevonnis vir oortreding van instromingsbeheermaatreëls.[53] Dit is administratiewe maatreëls wat al baie lank bestaan, en tog het die saak, sover my bekend, nie intensiewe aandag van juriste gekry voor die sewentiger jare nie.

5 SLOT

Aan die begin is die groot omvang van wetgewing spesiaal vir swartes, veral ondergeskikte wetgewing, reeds genoem. Dit is dikwels besonder moeilik om jou weg daarin te vind. Is die tyd nie ryp vir die grootskaalse vereenvoudiging van die wetgewing, vir herroeping van verouderde bepalings, vir ondersoek na metodes om die wetgewing meer toeganklik te maak nie?

---

[50]Wiehahn in 'n toespraak gehou voor die Middellandse Kamer van Nywerhede te Port Elizabeth op 21 Julie 1977.

[51]Van Jaarsveld & Coetzee *Arbeidsreg* (1977) 158 (blankes) 181–182 (swartes).

[52]RP 78/1976. 'n Baie goeie opsomming van die werking van instromingsbeheer en die besware daarteen word in par 2 31–2 49 gegee.

[53]1971 *Annual Survey* 498. Die oorspronklike verslae waarop die gegewens gegrond is, is nie beskikbaar nie.

Die nuwe onafhanklike swart state wat deel van Suid-Afrika was, asook die selfregerende swart gebiede in Suid-Afrika, skep ook nuwe reg wat geld vir swart mense wat woon of werk in Suid-Afrika. Dit lyk uiters wenslik dat 'n liggaam in Suid-Afrika bestaan wat voortdurend kennis neem van sulke wetgewing, en enige probleme wat in Suid-Afrika mag ontstaan vroegtydig opvang. Ek dink as voorbeeld aan die erkenning hier van siviele huwelike volgens die huwelikswet van Transkei 1978 wat potensieel poliginies is.[54] Daar kan selfs behoefte wees by sulke onafhanklike swart state om wederkerig met Suid-Afrika te skakel oor juridiese probleme tussen ons en hulle. Bophuthatswana het reeds 'n regskommissie.

Om saam te vat. Dit is my oortuiging dat die reg wat vir swartes in Suid-Afrika geskep is nie altyd van dieselfde juridiese gehalte is as die algemene reg van Suid-Afrika nie. Een van die vernaamste oorsake hiervan is dat daar eiesoortige probleme is, wat spesiale kennis van die inheemse gewoontereg van swartes, en van hulle besondere probleme, vereis, en dat hierdie kennis nie die algemene toerusting is van juriste in Suid-Afrika nie. Die skepping van 'n liggaam wat in die besonder aandag gee aan regshervorming vir swartes lyk noodsaaklik, veral omdat dit die lewe van swartes so nou raak. Dit moet 'n liggaam wees met 'n voltydse sekretariaat, wat voortdurend aandag gee aan die ontwikkeling, verbetering, modernisering en hervorming van die reg vir swartes. Dit moet 'n onafhanklike liggaam op hoë vlak wees wat die verskillende vertakkinge van die regsberoep verteenwoordig, maar wat terselfdertyd kompak en effektief is. Swartes moet daarin dien, en waarskynlik ook ten minste een verteenwoordiger van die selfregerende swart state van Suid-Afrika. Die departement van Samewerking en Ontwikkeling moet ook verteenwoordig wees.

Juis die sukses wat die Suid-Afrikaanse regskommissie gehad het in die kort bestek van sy bestaan, maar ook die feit dat hierdie kommissie nie terselfdertyd regshervorming in verband met die reg vir swartes kan behartig nie, laat die moontlikheid oop vir 'n aparte kommissie wat so ver moontlik op dieselfde lees geskoei is. Om gelykwaardigheid te verseker is dit moontlik die beste om dit 'n aparte afdeling te maak van die bestaande regskommissie, met gelyke status. Vanselfsprekend sal die instelling van 'n regskommissie vir swartes nie sonder meer die oplossing bied vir die talle probleme waarvan ek sommige hier genoem het nie. Dit sal egter 'n belangrike stap in die regte rigting wees. □

Maar laat die reg aanrol soos watergolwe, en geregtigheid soos 'n standhoudende stroom.
Amos *5:24*

---

[54]Marriage Act 1978 Transkei.

Die exceptio doli generalis, rektifikasie en estoppel

AD Botha
BCiv Iur LLB
Regsadviseur, Lewensversekeringsmaatskappy

SUMMARY

The purpose of this article is to test the modern trend of raising the exceptio doli generalis as a reserve or alternative defence to estoppel and rectification. The exceptio doli may be termed generalis when used as a substitute or rival for the defences of estoppel or rectification, the substitute being the plaintiff's bad faith in bringing the action.

Although the distinction between Roman contracts and actions bonae fidei and stricti iuris are today obsolete, this distinction cannot be ignored if one is to understand the applicability of the exceptio doli generalis in modern times. In Roman law dolus generalis served as a substantive defence to an action brought in bad faith, bad faith (dolus malus) being present at the moment of litis contestatio. The exceptio doli generalis served inter alia to give the iudex an ex fide bona discretion in actions stricti iuris. In this context aequitas must therefore rather be seen as a complementary term for the bona fides which is an integrated requirement of natural justice – the opposite of the formalistic strict law.

The exceptio doli was called generalis by the commentators on Roman and Roman-Dutch law when it was used as a substitute for any other special defence. At the stage when contracts and actions stricti iuris fell in disuse the ratio for a distinctive exceptio doli generalis disappeared. This point is also demonstrated in German law.

In South African law the requirements of great inequity and unconscionable conduct were never intended to serve as general requirements for the exceptio doli generalis. If the scope of the exceptio doli generalis is extended beyond the limits of bad faith, it will become nothing more than an unruly instrument of equity. The exceptio doli generalis does not embrace more than the defences of estoppel or rectification if confined to cases of bad faith.

1 INLEIDING

In die Suid-Afrikaanse reg is die howe se jurisdiksie om geskrewe ooreenkomste te rektifiseer,[1] asook die leerstuk van estoppel,[2] met 'n beroep op die sogenaamde exceptio doli generalis geregverdig. Hierbenewens word die exceptio doli generalis ook in die praktyk as 'n soort van reserwe-

---

[1]Sien oa *Weinerlein v Goch Buildings* 1925 AD 282; *Meyer v Merchant Trust* 1942 AD 244; *Mouton v Hanekom* 1959 3 SA 35 (A); *Venter v Liebenberg* 1954 3 SA 33 (T); *Volkskas v Geyser* 1960 4 SA 604 (T); *Schoeman v Nieuwoudt* 1971 4 SA 161 (O); *Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T) en *Benjamin v Gurewitz* 1973 1 SA 418 (A).

[2]Sien *Smith and Dance v Phillips* 1893 Hertzog 50; *Waterval Co v New Bullion Co* 1905 TS 717; *United South African Association v Cohn* 1904 TS 733; *Morum Bros v Nepgen* 1916 CPD 392; *Union Government v National Bank* 1921 AD 121 en *Bodemer v American Insurance Co* 1960 4 SA 428 (T).

verweer naas rektifikasie en estoppel voorbehou.[3] Hoewel die howe hierdie laasgenoemde gebruik normaalweg met groot omsigtigheid benader, word daar in die reël, dikwels onnodig, geskroom om die meriete van hierdie benadering behoorlik te toets. Myns insiens verg 'n toets in hierdie verband dat die exceptio doli generalis in die korrekte historiese perspektief gesien moet word.

2 ROMEINSE REG

Volgens die bewoording van die formule "Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat,"[4] is dit van die iudex geverg om kennis te neem van bedrog, gepleeg op die oomblik toe die verbintenis tot stand gekom het (dolus specialis, praeteritus)[5] en van bedrog, teenwoordig op die oomblik van litis contestatio (dolus generalis, praesens).[6] Die exceptio doli staan as generalis bekend wanneer dit na bedrog in die teenwoordige tyd verwys.[7] Cicero vertel dat die actio doli deur die praetor Aquilius Gallus in die jaar 66 VC ingevoer is.[8] Of die exceptio doli generalis ook in hierdie stadium ingevoer is, is onseker.[9] Omdat juriste soos Cassius,[10] Trebatius[11] en Labeo[12] daarvan melding maak, kan met veiligheid aanvaar word dat dit by benadering reeds aan die begin van die keisertyd in gebruik was. Hoewel die Romeinsregtelike onderskeid tussen negotia bonae fidei en stricti iuris, wat onderskeidelik aanleiding gee tot iudicia bonae fidei en stricti iuris, vandag van geen betekenis meer is nie, kan hierdie onderskeid nie geïgnoreer word vir 'n behoorlike begrip van die exceptio doli generalis nie. Die iudicium bonae fidei word deur die woorde "quidquid dare facere opertere ex fide bona" gekenmerk.[13] In die bona fides beskik die iudex oor 'n objektiewe maatstaf waarmee hy die inhoud van die partye se wedersydse verpligtinge ex fide bona bepaal. Hy gee nie 'n beslissing volgens starre beginsels nie, maar hou rekening met die vereistes van objektiewe redelikheid en billikheid:

---

[3]Met 'n beroep op "unconscionable conduct" en "great inequity," aan *Zuurbekom v Union Corporation* 1947 1 SA 514 (A) ontleen.

[4]G 4 119.

[5]Vgl *D* 44 4 2 1 en 44 4 4 18: ". . . et puto recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit, etiam de praeterito eius dolo, . . ."

[6]Vgl *D* 44 4 2 5; 44 4 4 33; 44 4 4 4 18; 45 1 36 en 2 14 7 11: "Sive autem ab initio dolo malo pactum factum est, sive post pactum dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio propter haec verba edicti: neque fiat."

[7]Kaser *Das römische Privatrecht* vol I par 114; Sohm *Institutionen* 705. Sien veral die woordgebruik generaliter in *D* 44 4 4 33.

[8]*De natura deorum* 3 30 74.

[9]Vgl Cicero *De officiis* 3 57: "Stomachari Canius, sed quid faceret? nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo formulas;" en sien Voet *Commentarius* 4 3 6 wat meen dat die Romeine nie bedrog sou toelaat tot in die tyd van Cicero nie.

[10]*D* 44 4 4 33.

[11]*D* 2 14 10 2. C Trebatius Testa het in die tydperk van keiser Augustus geleef (*I* 2 25 pr).

[12]Sien Pernice *Labeo* (1863) 162.

[13]Sien Wieacker 1963 *ZSS* (RA) 1 ev; Sturm 1965 *ZSS* (*RA*) 244 ev; d'Ors 1957 *ZSS* (*RA*) 68 ev; Kaser 1965 *ZSS* (*RA*) 416 ev; Lombardi 1962 *ZSS* (*RA*) 407 en Hoetink 1928 *TRG* 432.

> "In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat."[14]

Die iudex se bevoegdheid om ooreenkomstig die goeie trou te beslis, bring in die iudicium bonae fidei mee dat hy eo ipso met dolus malus rekening hou en dit gevolglik vir die onskuldige onnodig of oorbodig is om bedrog in iure te pleit: ". . . iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem."[15] Hierdie stelreël beteken dat die exceptio doli onnodig of oorbodig in hierdie iudicium is. In die iudicium stricti iuris bind die formele woorde en het die iudex geen diskresie om ex fide bona te beoordeel nie.[16] By die stipulatio is die slagoffer van onder andere dolus malus, error of metus gebonde in weerwil van die dolus, error of metus. Gaius verklaar byvoorbeeld dat dit dikwels voorkom dat iemand volgens die reëls van die streng ius civile gebonde is (en hy noem die voorbeeld van 'n verbintenis uit hoofde van 'n stipulatio), maar voeg by "quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere."[17] Paulus vermeld 'n soortgelyke ratio vir die invoering van die exceptio doli:

> "Ideo autem hanc exceptionem (doli) praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit."[18]

Gesien in die lig van hierdie ratio en omdat die iudex in die iudicium bonae fidei reeds die geskilpunt ex fide bona beoordeel, is die iudicium stricti iuris die werklike aanwendingsgebied van die exceptio doli generalis.[19] Hierdie besonderheid word ook deur die stelreël, "iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem,"[20] uitgedruk. Die ex fide bona-diskresie wat die iudex in die iudicium stricti iuris mis, verkry hy ook in hierdie iudicium sodra die exceptio doli generalis in die formule gevoeg word.[21] Dit word moontlik gemaak deur aan dolus malus die uitgebreide betekenis van kwaaie trou te gee. Sou 'n persoon 'n transaksie by wyse van metus bewerkstellig en daarna 'n eis instel, word dit geag dat dolus generalis (praesens) aanwesig is omdat die eis die bona fides verontagsaam. In dié geval is dolus generalis 'n verweer op sigself teen die aksie wat te kwader trou ingestel word. Sodoende kan die exceptio doli (generalis) die rol van 'n exceptio metus vervul:

> "Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptionem, quae est generalis."[22]

---

[14] *I* 4 6 30. Sien ook G 4 61–63 en Voigt *Das Ius Naturale, Aequum et Bonum und Ius Gentium der Römer* bd 3 (1966) 912.

[15] *D* 30 84 5; 24 3 21. Vgl ook Kaser *RP* I par 55. Die exceptio pacti is ook inherent in aksies bonae fidei. Sien hieroor *D* 2 14 17 5; 18 5 3; Knütel 1967 *ZSS* (*RA*) 133 ev en Beseler 1925 *ZSS* (RA) 191.

[16] Sien Kaser *Das römische Zivil Prozessrecht* par 22; Pringsheim 1921 *ZSS*(*RA*) 643 ev en Von Koschembar-Lyskowski *Die Theorie der Exceptionem* (1893) 115 ev.

[17] G 4 116. Hierdie teks moet saamgelees word met *D* 1 1 7 1: "Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam."

[18] *D* 44 4 1 1.

[19] Vgl Wendt 1906 *AcP* 57.

[20] *D* 30 84 5. Die siening van Aronstam 1979 *THRHR* 21 in verband met die inestreëling en die exceptio doli generalis, is onaanvaarbaar.

[21] Sien Kaser *RP* I par 114 V.

[22] *D* 44 4 4 31. Vgl *D* 44 4 2 1; G 4 117; Schultz 1922 *ZSS*(*RA*) 171 225; Ebert 1969 *ZSS*(*RA*) 403 ev en Von Lübtow *Der Ediktstitel quod metus causa gestum erit* (1932) 98.

Op hierdie wyse word die bona fides na die iudicium stricti iuris uitgebrei en word hierdie iudicium vir alle praktiese doeleindes bonae fidei.[23] Hierdie funksie van die exceptio doli generalis, naamlik om die bona fides na vore te bring, bring mee dat dit in die plek van enige ander verweer aangewend kan word. Ulpianus stel dit dat iedereen aan dolus malus (as kwaaie trou) skuldig is, wat 'n aksie instel wat met enige verweer afgewend kan word:

> "Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolosse, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat."[24]

Dat dit hier gaan om die eiser se kwaaie trou, blyk uit die feit dat hy subjektief daarvan bewus is dat hy geen aksie het nie, maar nogtans 'n aksie instel. Hy gebruik met ander woorde die proses om 'n voordeel, waarop hy nie geregtig is nie, te verkry. Die skuldige bedrieglike bedoeling bestaan op die oomblik wanneer die aksie ingestel word.[25] Hierdie konstruksie is nie op billikheid gegrond nie, maar op die voorkoming van 'n objektiewe ongeregtigheid. Dit wat die eiser vorder, is regtens nie opvorderbaar nie. Die voorkoming van 'n objektiewe ongeregtigheid blyk ook duidelik uit die feit dat die exceptio doli generalis selfs teen kinders en kranksinniges verleen word.[26] Wanneer die exceptio doli generalis compensatio[27] of 'n ius retentionis[28] bewerkstellig, word dieselfde effek bereik. In laasgenoemde geval dwing die verweerder sy vergoeding met die exceptio doli generalis af. Die exceptio doli generalis verhoed ook dat 'n erfgenaam 'n voordeel, teenstrydig met die wil van 'n erflater, verkry.[29]

In samehang met bogenoemde funksie, naamlik om die bona fides na vore te bring, bring die exceptio doli generalis ook mee dat die ware wese en doel van die ooreenkoms deurslaggewend word. 'n Party verbind hom tot die betaling van 'n sekere geldsom en hierna kom die partye ooreen dat die geld nie voor 'n sekere dag opgeëis sal word nie. As die skuldeiser die geld terug wil vorder voordat die vasgestelde dag vir betaling aangebreek het, word die eis met die exceptio doli generalis afgeweer.[30] Die minagting van die pactum word as kwaaie trou beskou:

> ". . . dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest."[31]

In 'n ander voorbeeld ontvang 'n krediteur rente vooruit op 'n lening

---

[23]Vgl die bespreking van Voet 44 4 3 in hierdie verband. Sien ook Pringsheim 1921 *ZSS* (*RA*) 99.

[24]*D* 44 4 2 5. Sien Krüger *Beitrage zur Lehre von der exceptio doli* (1892) 43.

[25]Vgl ook *D* 16 1 32 2; 21 2 17; 21 3 2; 44 4 4 32; 36 1 2 1; 12 5 8; 23 3 7 3 en 44 4 4 16.

[26]*D* 44 4 4 9; 44 4 16.

[27]*I* 4 6 30; *D* 44 4 8 pr: ". . . dolo facit qui petit quod redditurus est."

[28]*D* 44 4 5 2; 5 3 30; 6 1 48; 6 1 23 4; 12 6 33; 19 2 55 1; 41 7 12; 41 1 9 1; 44 4 10; en G 2 77.

[29]*D* 44 4 4 10; 44 4 17 3: "Contra voluntatem petere et ideo exceptionem doli obstaturam." Vgl ook *D* 44 4 4 11 en 44 4 8 1.

[30]*D* 44 4 2 4. Vgl ook *D* 2 14 25 5; 44 7 44 2; 22 1 13 pr.

[31]*D* 44 4 2 4; 12 6 23 3: "Dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit."

en dring aan op betaling van die hoofskuld voordat die termyn waarvoor die lening toegestaan is en waarvoor hy reeds rente ontvang het, verstryk het. Hier word geag 'n stilswyende ooreenkoms te wees om nie betaling te eis voordat die termyn, waarvoor rente ontvang is, verstryk het nie.[32] In hierdie geval beroep die verweerder hom nie op die pactum tacitum nie, maar op die eiser se kwaaie trou. De Wet kyk hierdie aspek mis wanneer hy sê dat:

> "[d]ie egte grondslag vir die verweer . . . nie die exceptio doli generalis [is] nie, maar die ooreenkoms om die geld nie terug te vorder nie."[33]

Die verweerder se reg om hom op die exceptio doli generalis te beroep is 'n reg om hom op kwaaie trou te beroep en daarom is dolus hier geen fiksie nie. Die aksie is die gepoogde werktuig vir die eiser se dolus. In 'n aantal tekste word aan 'n verweerder 'n keuse tussen die exceptio pacti en die exceptio doli generalis gegee.[34] Volgens die voorbeeld van *D* 44 4 2 5 konkurreer die exceptio doli in hierdie gevalle met die exceptio pacti. As die eiser nie geweet het dat sy eis met die exceptio pacti afgeslaan kon word nie, ontbreek dolus en sou die exceptio doli waarskynlik nie beskikbaar gewees het nie. Wanneer die praetor die geskilpunt formuleer, is hy ook in staat om die iusta ignorantia vas te stel en dienooreenkomstig sal hy 'n exceptio pacti of die exceptio doli verleen. Vir praktiese doeleindes is dit egter irrelevant of die een of die ander verweer verleen word, want met beide verwere kry die verweerder die geleentheid om hom op die werklike afspraak te beroep. Die bewys van die pactum bly egter van wesenlike belang. Met die exceptio doli sou die pactum steeds bewys moet word, anders is daar geen bewys van dolus nie: ". . . dolo enim facere eum, qui contra pactum petat . . ." Soos later aangetoon sal word, is hierdie aspek ook by rektifikasie van belang.

In *D* 44 4 12[35] word gesê dat die exceptio doli beskikbaar is wanneer die aksie onbillik is. In hierdie geval is die exceptio doli nie generalis in die sin dat dit met 'n ander verweer konkurreer nie. Letterlik sou die verweerder hom op die exceptio doli kon beroep as hy byvoorbeeld bloot 'n onbillike prys vir 'n artikel betaal het.[36] Hoewel dit moeilik is om *D* 44 4 12 met *D* 44 4 2 5 te versoen, bestaan daar geen daadwerklike bewys dat die exceptio doli generalis buite die raamwerk van dolus malus (kwaaie trou) op billikheid gefundeer was nie. Aequitas kan by die exceptio doli eerstens 'n korrektiewe betekenis dra, in die sin dat dit 'n norm is waarmee die praetor die ius civile aanpas.[37] In hierdie proses ontwikkel die exceptio non numeratae

---

[32] *D* 44 4 2 6.

[33] "*Estoppel by representation*" *in die Suid-Afrikaanse reg* (1939) 87. In die voorbeeld waarop De Wet hom beroep, word daar geen keuse tussen die exceptio doli en die exceptio pacti gegee nie, waarskynlik omdat dolus ooglopend is. Vgl die tekste in vn 34.

[34] Sien *D* 2 14 27 5; 8 1 4 pr; 22 1 13 pr; 39 6 18 2; 44 4 2 4; 44 7 44 1,2; 46 4 19 pr; en G 3 179. Slegs in *D* 2 14 10 2 word gesê dat die exceptio doli subsidiêr tot die exceptio pacti is. Vgl hieroor Wacke 1973 *ZSS*(*RA*) 231. Die exceptio doli is nie soos die actio doli, subsidiêr tot ander verwere nie.

[35] "Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est."

[36] Tussen die exceptio doli en laesio enormis bestaan daar egter geen verband nie.

[37] Vgl G 4 16: ". . . quia iniquum est te eo condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere;" en *D* 44 4 4 1: ". . . ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit."

pecuniae byvoorbeeld uit die exceptio doli.[38] By die iudicium stricti iuris beroep die verweerder hom nie op billikheid nie, maar op die causa van die ooreenkoms.[39] Die goeie trou verg 'n causa vir die ooreenkoms en daarom kan aequitas ook aan die goeie trou gelykgestel word. Trouens, in al die gevalle waar die exceptio doli generalis verleen word, kan kwaaie trou nagespeur word. Die eiser vorder, sonder uitsondering, iets waarop hy volgens die eise van die bona fides nie geregtig is nie. Aequitas is in hierdie verband dus nie billikheid sonder meer nie, maar die teenkant van die bona fides.[40]

3 VERDERE ONTWIKKELING

Die onderskeid tussen kontrakte bonae fidei en stricti iuris word deur die Middeleeuse regskole gehandhaaf.[41] Wat die posisie in die Kanonieke reg was, is egter nie duidelik nie. Baldus[42] verklaar dat daar wat bedrog betref, geen onderskeid in die Kanonieke reg gemaak is nie, terwyl Covarruvias,[43] Baldus se opinie as vals verwerp. Hy beweer dat die onderskeid stilswyend erken is. By Baldus self is daar egter 'n neiging om van hierdie onderskeid weg te beweeg,[44] terwyl Bartolus dit duidelik stel dat die kontrak stricti iuris in geval van bedrog, weens die afwesigheid van consensus nietig is.[45] Die meeste skrywers verbind nogtans die kontrak stricti iuris met die exceptio doli generalis.[46] Die exceptio doli word egter net generalis genoem wanneer dit in die plek van 'n ander verweer aangewend word – ". . . ut generaliter dicam, ubicumque alia exceptio habet locum . . ."[47] Die meeste skrywers se kommentaar is beperk tot die voorbeelde uit die *Digesta*,[48] hoewel Baldus die exceptio doli generalis as 'n algemene verdedigingsmiddel teen onregverdige wetgewing verleen:

---

[38]Vgl Levy 1953 *ZSS*(*RA*) 214 ev en Kaser *RP* I par 128. Dit word algemeen aanvaar dat die exceptio non numeratae pecuniae van die exceptio doli geskei is om 'n verskuiwing in die bewyslas te veroorsaak.

[39]Sien *D* 44 4 4 1; 45 1 97 2; 45 1 134 pr; 44 4 17 pr; 15 1 38 1 en 45 1 36. Vgl ook Wolf *Causa Stipulationis* (1970) 27 ev.

[40]Vgl Kaser *RZ* par 56 en Pernice 1882 *ZSS*(*RA*) 157 ev. Vir verdere goeie voorbeelde, sien oa *D* 2 14 10 2; 2 14 27 5; 22 1 13 pr; 44 7 44 2; en 46 4 19 pr.

[41]Sien Kunst *Historische ontwikkeling van het recht* II (1968) 442; Hoetink 1928 *TRG* 417 ev en Lange 1954 *ZSS*(*RA*) 343 ev.

[42]Baldus se aantekening op X 2 11 2 n 12.

[43]*Relectio regulae possessor malae fidei de reg iur* VI par 6 n 5: ". . . etenim haec conclusio falsa est, nec iure Pontificio alicubi haec actionum distinctio reprobata fuit unde cum ea iure civili admissa sit, existimandum est in dubio tacite a iure ipso Pontificio admitti."

[44]Baldus op *C* 4 44 n 18: "Dico etiam quod aequitas huius legis extendit se ad contractus stricti iuris, in quibus hicinde par debet nasci obligatio secundum naturalem aequitatem, et hoc per locum a proportione, et quo remedio agatur, supra dixi."

[45]Bartolus op *C* 1 14 n 15. Sien ook Baldus op *D* 4 3 n 3.

[46]Sien bv Rogerius op *C* 8 39; Odefredus op *D* 44 4 2 3; Paulus Castrensis op *C* 4 30 13; Jason de Mayno op *D* 1 1 5; Cynus op *C* 4 30 13; Bartolomaeus Salycetus op *C* 4 30 13; Albericus de Rosate op *D* 2 14 7 4; Baldus op *C* 1 14 5; Jacobus de Arena op D 44 4 2 4 en Bellapertica op *D* 44 4 2 4.

[47]*Casus palam autem est* op *D* 44 4 2. Sien ook Petrus de Bellapertica op *D* 44 4 2 5 en Angelus de Ubaldis op *D* 44 4 2 5: "Exceptio doli generalis cum omni alia exceptione concurrit."

[48]Sien bv Petrus de Bellapertica op *D* 44 4 2 5; Bartolus op *D* 44 4 2 5; Jacobus de Arena op *D* 44 4 8 pr; Albericus de Rosate op *D* 44 4 4 33; Raynerius de Forlivio op *D* 44 4 2 3; Raphael Cumanus op *D* 44 4 12.

"... quandoque contra statutum legis municipalis obstat exceptio doli ... et tunc potest appellari ab iniquitate statuti ad illum superiorem qui potest statutum corrigere."[49]

Die enigste wesenlike ontwikkeling wat dolus malus ondergaan het, is die onderskeid wat tussen dolus dans causam en dolus incidens gemaak word; 'n onderskeid wat in elk geval geen lig op die exceptio doli generalis werp nie.[50]

Ek meen dat dit met veiligheid aanvaar kan word dat die onderskeid tussen kontrakte bonae fidei en stricti iuris, reeds in die 17de eeu in die Romeins-Hollandse reg verval het. Vinnius bespreek die onderskeid, maar distansieer hom daarvan.[51] Sowel Groenewegen[52] as Voet[53] wys daarop dat die onderskeid in onbruik verval het weens die afskaffing van die name van die aksies. Groenewegen was nie ten gunste van afskaffing van die onderskeid nie. Voet gee 'n breedvoerige bespreking van hoe die exceptio doli generalis 'n aksie stricti iuris bonae fidei maak.[54] Sy bespreking is insiggewend, omdat hy die verband tussen 'n iudicium stricti iuris en die exceptio doli generalis, duidelik blootlê. 'n Studie van sy argument bevestig dat die exceptio doli generalis slegs 'n rol by die iudicium stricti iuris speel. By die bespreking van die dwalingsprobleem, verwerp De Groot die onderskeid sonder veel omhaal. Volgens hom is die onderskeid onjuis en onakkuraat.[55] Ander skrywers soos Damhouder, Van Leeuwen, Van Bijnkershoek, Van der Keessel en Van der Linden, maak geen melding van die onderskeid nie. Decker laat geen twyfel nie wanneer hy sê dat alle kontrakte volgens gewoonte bonae fidei is.[56] Hoewel skrywers soos Vinnius,[57] Voet,[58] Van der Keessel[59] en Noodt[60] wel melding van die exceptio doli generalis maak, is hulle vermelding op die Romeinse reg gebaseer. Hierdie skrywers skryf per slot van sake oor die Romeinse reg en leer ook nie hoe die verweer in die praktyk toegepas word nie. Die exceptio doli word ook deur hulle

---

[49]op X 2 28 3 n 5. Baldus steun in die verband op *D* 44 4 1 3 en 50 9 4. Hy val in dié verband terug op die Romeinse reg.

[50]Sien Fransen *Le dol dans la conclusion des actes juridiques, Evolution des doctrines et systéme du code canonique* (1946) 38 ev; Wezel *Dolus causam dans und dolus incidens* (1928) 2 ev.

[51]*Institutionem Imperialum Commentarius* op *I* 4 6 28.

[52]*De Leg Abr* op *I* 4 6 28.

[53]Voet 2 4 20.

[54]Voet 44 4 3.

[55]*De iure belli ac pacis* II 11 6 in fin. De Groot skryf egter oor die Natuurreg en nie die Romeins-Hollandse reg nie. In *Inl* 3 15 9 stel De Groot die goeie trou as 'n vereiste by die koopooreenkoms. Sien ook Feenstra "De oorsprong van Hugo de Groot's leer over de dwaling" in die bundel opgedra aan LJH van den Berg (1971) 887 ev en Diesselhorst *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (1959) 82 ev.

[56]Kommentaar op Van Leeuwen *RHR* 4 2 1.

[57]*Jurisprudentiae contractae sive partitionem iuris civilis* 4 56 en 3 50: "Exceptio doli duplex; una specialis; generalis altera. Specialis nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo ... Generalis ex omni causa, ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum: In summa, quoties actor per occasionem juris civilis aequitatem naturalem infringere conatur."

[58]44 4 1.

[59]*Dictata* 3 3 16 8. Slegs enkele voorbeelde wat hy noem, slaan op die exceptio doli generalis.

[60]*De forma emandandi doli mali* 2-5.

generalis genoem slegs wanneer dit met 'n ander verweer konkurreer. Ander skrywers soos Damhouder, Groenewegen, Van Leeuwen, Huber, Van Bijnkershoek en Van der Linden maak geen melding van die exceptio doli generalis nie. Verder is daar geen aanduiding dat die verweer enige noemenswaardige rol in die praktyk gespeel het nie.[61] Hoewel geen skrywer uitdruklik sê dat die exceptio doli generalis afgeskaf is nie, moes dit eintlik by implikasie afgeskaf gewees het in die stadium toe die kontrak stricti iuris in onbruik verval het. Sonder 'n kontrak stricti iuris, was daar geen ratio meer vir 'n exceptio doli generalis nie.

'n Soortgelyke ontwikkeling het ook in die Duitse reg plaasgevind. Die exceptio doli generalis ("Einrede der Arglist") is ook in die Duitse reg erken, maar is later verdring toe alle kontrakte wetteregtelik bonae fidei geword het.[62] Die exceptio doli generalis het ongeveer 1886 sy verskyning in die Duitse regspraak gemaak, hoewel die "Reichsgericht" nooit wesenlik tussen die exceptio doli specialis en exceptio doli generalis onderskei het nie.[63] Dit is ook nooit as 'n selfstandige verweer erken nie, maar slegs van geval tot geval toegepas,[64] byvoorbeeld waar een party 'n ander aan voorgeskrewe vormvereistes gebonde wou hou,[65] by regsmisbruik[66] en regsverwerking.[67] Die Suid-Afrikaanse reg stem in 'n groot mate hiermee ooreen.[68] Die neiging het ook in Duitsland bestaan om die exceptio doli generalis met die bona fides ("Treu und Glauben") in verband te bring. Krühoffer sê byvoorbeeld dat:

> "Die Norm des §242 ("Treu und Glauben") entspreche ganz dem Gedanken, der der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis zugrunde liegt."[69]

Vandag word egter aanvaar dat die exceptio doli generalis, weens die feit dat alle kontrakte bonae fidei is, geen funksie meer in die Duitse reg te vervul het nie.[70] In Nederland, aan die ander kant, is daar nooit na die exceptio doli generalis gegryp om die begrippe "goede trouw" (in artikel 1374(3) BW) en "billijkheid" (in artikel 1375 BW) te verklaar nie.[71] In Engeland, waar die

---

[61]Die voorbeelde is waarskynlik beperk tot dié genoem in *Holl Cons* 3 343 en Pauw *Obs tum nov* 2 1049. In laasgenoemde geval skyn dit of *D* 45 1 36 toegepas is omdat die donateur verstandelik verswak was.

[62]A 242 BGB: "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte est erfordern." Vgl Brenner *Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts* (1926) 1 ev en Siebert *Verwirkung und unzulassigkeit der Rechtsausübung* (1934) 9 ev.

[63]Sien Staudinger-Weber *Kommentar zum BGB* par 242 D9.

[64]Vgl Hedeman *Die Flucht in die Generalklauseln* (1933) 4–5.

[65]Sien bv RGZ 170 205; RGZ 107 357 en RGZ 96 315.

[66]Sien bv NJW 1952 701; NJW 1959 1223 en NJW 1954 508. Hierdie kwessie word tans deur a 226 BGB gereël.

[67]Siebert supra 5–7.

[68]Sien oa *Van der Walt v Minnaar* 1954 3 SA 932 (O) (misbruik van voorgeskrewe vormvereistes) en *Zuurbekom v Union Corporation* 1947 1 SA 514 (A) (regsverwerking).

[69]*Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse* (1909) 22. Vgl ook Schumacher *Die exceptio doli generalis nach bürgerliches Gesetzbuch* (1907) 20–35; Regelsberger *Pandekten* (1893) 1 par 192 en in teenstelling Staudinger-Weber par 242 A1.

[70]Sien oa Siebert *Verwirkung und unzulässigkeit der Rechtsausubung* (1934) 56; Erman *Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch* (1962) 1 337 en Staudinger-Weber par 242 D14.

[71]Vgl Asser-Rutten *Handleiding bij die beoefening van het Nederlandsche Privatrecht* 229.

Romeinsregtelike exceptio-tegniek onbekend was, het die "chancellor" die "common law" met "equity" gekorrigeer.

4 SUID-AFRIKAANSE REG

In die Suid-Afrikaanse reg word gewoonlik vir doeleindes van die uitspraak aanvaar dat die exceptio doli generalis as verweer wel vir 'n litigant beskikbaar is,[72] hoewel die saak in die reël afgehandel word met 'n bevinding dat die verweer nie behoorlik gepleit is nie,[73] of andersins dat die feite nie die toepassing daarvan regverdig nie.[74] Die exceptio doli generalis het teen ongeveer 1893 sy opwagting in die Suid-Afrikaanse regspraak gemaak, toe daarna verwys is om estoppel te regverdig.[75] Die hoogwatermerk word in 1947 bereik toe appèlregter Tindall, in *Zuurbekom v Union Corporation*, die vereistes van "great inequity" en "unconscionable conduct" aan die exceptio doli generalis koppel. In die praktyk word daar grotendeels op hierdie vereistes gesteun, terwyl die beslissing in *Weinerlein v Goch Buildings*[76] ook groot aanhang geniet. Gewoonlik word die exceptio doli generalis opgehaal by estoppel,[77] rektifikasie,[78] regsverwerking[79] ("laches"), 'n onbillike ooreenkoms,[80] 'n beperkende beding[81] en wanneer 'n ooreenkoms wat volgens statutêre voorskrif op skrif moet wees, informeel gewysig word.[82] Hoewel die exceptio doli generalis gebruik is om byvoorbeeld estoppel en rektifikasie te regverdig, is daar geen beslissing (met die uitsondering van *Rand Bank v Rubenstein*[83] waaroor die appèlhof nog die laaste woord moet spreek) waar die verweer as 'n selfstandige verweer erken is nie. Talle beslissings ontken ook uitdruklik of by implikasie die bestaan van 'n algemene exceptio doli.[84]

---

[72]Sien bv *North Vaal Mineral Co v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T); *Van der Walt v Minnaar* 1954 3 SA 932 (O); *Da Mata v Otto* 1972 3 SA 858 (A); *Paddock Motors v Igesund* 1976 3 SA 16 (A); en *OK Bazaars v Universal Stores* 1973 4 SA 747 (A).

[73]bv *Van Aswegen v Fourie* 1964 3 SA 94 (O) en *Sette v Saker* 1957 2 SA 87 (W).

[74]*Kruger v Pizzicanella* 1966 1 SA 450 (K); *OK Bazaars v Universal Stores* 1973 2 SA 281 (K); *Rashid v Durban City Council* 1975 3 SA 920 (D); *Barkhuizen v Jackson* 1957 3 SA 57 (T).

[75]*Smith and Race v Phillips* 1893 Hertzog 50 60.

[76]1925 AD 282.

[77]Sien vn 1.

[78]Sien vn 2.

[79]*Zuurbekom v Union Corporation* supra; *Schwartzer v John Roderick's Motors* 1940 OPD 170; *Nzimande v Smuts* 1960 3 SA 264 (O); *Douglas Colliery v Bothma* 1947 3 SA 602 (T) 617 en *Pennefather v Gokul* 1960 4 SA 42 (N) 51.

[80]*Rashid v Durban City Council* 1975 3 SA 920 (D); *Paddock Motors v Igesund* 1975 3 SA 294 (D) en *Novick v Comair* 1979 2 SA 116 (W).

[81]*Da Mata v Otto* 1971 1 SA 763 (T); *Bank v Grusd* 1939 TPD 286; *Sette v Saker* 1957 2 SA 87 (W). Vgl ook Kerr 1971 *SALJ* 408; Hahlo 1965 *SALJ* 4; en *Murray* 1958 *SALJ* 15.

[82]*Van der Walt v Minnaar* supra; *Barkhuizen v Jackson* 1957 3 SA 57 (T). Vgl Buckhanan 1959 *SALJ* 271.

[83]1979 2 SA 848 (W). Vgl egter *Van der Walt v Minnaar* supra en *Nzimandi v Smuts* supra.

[84]Sien bv: *Lodge v Modern Motors* 1957 4 SA 103 (SR); *Fuls v Leslie Crome* 1962 4 SA 784 (W); *Hauptfleisch v Caledon Divisional Council* 1963 4 SA 53 (K); *Administrateur Transvaal v Lotz* 1960 2 SA 135 (T); *Universal Stores v OK Bazaars* 1973 2 SA 281 (K); *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers* 1962 3 SA 399 (T); *Lowrey v Steedman* 1914 AD 532; *Marquard v Biccard* 1921 AD 366; *Cassiem v Standard Bank* 1930 AD 366; *Macduff v Johannesburg Consolidated Investment Co* 1924 AD 573; *Gowan v Bowern* 1924 AD 550.

Die exceptio doli generalis vergelyk soos volg met rektifikasie. In *Weinerlein v Goch Buildings*[85] het appèlregter Wessels 'n skriftelike ooreenkoms gerektifiseer met verwysing na die exceptio doli generalis. Die eiser het geweet dat die skriftelike ooreenkoms nie die werklike bedoeling van die partye weerspieël nie en deur aksie in te stel, 'n voordeel waarop hy nie geregtig was nie, probeer bekom. Toegepas op hierdie feite, moet die exceptio doli generalis meebring dat die aksie afgewys word en is dit onnodig om die kontrak te rektifiseer. Die verweerder moet hom direk kan beroep op die eiser se kwaaie trou, omdat dolus generalis 'n verweer teen die aksie op sigself is.[86] Sodoende kan die exceptio doli generalis dieselfde funksie as 'n verweer vir rektifikasie vervul. Met beide verwere het die verweerder die geleentheid om hom op die werklike afspraak te beroep. Die exceptio doli kan egter slegs met die verweer van rektifikasie konkurreer want as die verweerder nie 'n ander afspraak kan aantoon nie, is daar geen dolus nie: ". . . dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest."[87] Ook kan die verweerder nie rektifikasie verkry as 'n ander ooreenkoms nie bewys word nie. Die een verweer kan gevolglik slegs vervangend vir en nie wyer as die ander wees nie. As die exceptio doli in die plek van rektifikasie aangewend word, is dit generalis. 'n Ander konstruksie sou meebring dat die hof hom 'n billikheidsjurisdiksie, waarteen die appèlhof reeds in *Paddock Motors v Igesund*[88] gewaarsku het, aanmatig.

'n Voorbeeld hiervan word gevind in *Rand Bank v Rubenstein.*[89] In dié geval het die verweerder sy verweer teen 'n skriftelike borgakte op rektifikasie en die exceptio doli generalis gebaseer. Die hof bevind dat daar geen getuienis is wat aantoon dat die borgakte die bedoeling van die partye verkeerd reflekteer nie en rektifikasie word tereg geweier. Die hof bevind egter dat die eiser poog om die borgakte te gebruik vir 'n doel waarvoor dit nooit bestem was nie en die exceptio doli generalis slaag. Waarin was die eiser se dolus geleë? Welke pactum het hy geminag? As 'n verweerder hom op die exceptio doli generalis wil beroep, sou hy 'n ander pactum moet bewys, anders is daar geen bewys van dolus nie. Word die exceptio doli so tot gevalle van kwader trou beperk, kan dit nie wyer as die verweer van rektifikasie gaan nie. Hierdie beslissing kan ernstige implikasies vir veral finansiële instellings inhou en behoort deur die appèlhof reggestel te word.

Die exceptio doli generalis vergelyk soos volg met estoppel. Hoewel daar in die praktyk geen geval bestaan waar die exceptio doli generalis as 'n selfstandige verweer naas estoppel erken is nie,[90] ondervind die howe ge-

---

[85]supra.

[86]Goeie voorbeelde van kwaaie trou word ook gevind in *Mouton v Hanekom* 1959 3 SA 35 (A) en *Volkskas v Geyser* 1960 4 SA 604 (T). *Bank v Grusd* 1939 TPD 286 kon 'n klassieke beslissing op kwaaie trou gewees het.

[87]*D* 44 4 2 4. Die appèlhof het amper hierdie aspek raakgesien in *Da Mata v Otto* supra 867H: "He must prove not only the oral agreement on which he relies, but also a breach thereof in circumstances and in a manner which would found the exceptio doli . . ."

[88]supra 28. Vgl ook *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers* 1962 3 SA 399 (T) 409.

[89]supra.

[90]In *Ngimande v Smuts* supra het beide verwere op verskillende feitesituasies geslaag.

woonlik probleme om die twee verwere van mekaar te onderskei.[91] Hierdie probleem is grotendeels gegrond op die formulering van die exceptio doli in die *Zuurbekom*-saak. Wat nie ingesien word nie, is dat die formulering bedoel was vir "laches." Dit is duidelik dat appèlregter Tindall eintlik net die vereistes van "laches" op die exceptio doli geprojekteer het.[92] In plaas daarvan om te erken dat die verweer van "laches" vanuit die Engelse reg geresipieer is, word hierdie erkenning ontduik deur te verwys na die exceptio doli. Dit geld ook vir rektifikasie en estoppel.[93] 'n Mens wonder wat van estoppel sou geword het indien die howe 'n exceptio doli vir estoppel geformuleer het. 'n Formulering in die verband sou waarskynlik soos volg gelees het:

> "In the circumstances it is *dolus* on the part of the defendant to deny in the action against him the very fact which he deliberately represented to the plaintiff as being true."[94]

Die verwysing na dolus is belangrik, want sonder teenstrydige gedrag kan daar geen dolus as kwaaie trou wees nie. Op hierdie basis is die exceptio doli generalis ook nie wyer as estoppel nie, maar kan dit slegs daarmee konkurreer.[95] As die exceptio doli in die plek van estoppel aangewend word, is dit generalis. Word die exceptio doli nie tot kwaaie trou beperk nie, kan dit slegs op billikheidsoorwegings wyer as estoppel wees.[96]

5 SLOTOPMERKINGS

In die Romeinse formulêre proses is die exceptio doli generalis 'n hulpmiddel wat die iudex in staat stel om ook in die iudicium stricti iuris die partye se gedrag aan die bona fides te toets. In die iudicium bonae fidei het die iudex nie hierdie hulpmiddel nodig nie, want hy besit 'n inherente jurisdiksie om met die bona fides rekening te hou. Die oorsprong en funksie van die exceptio doli generalis moet teen hierdie agtergrond, gedagtig aan die besondere Romeinsregtelike aksiestelsel, gesien word. Omdat die exceptio doli generalis veroorsaak dat aksies stricti iuris vir alle praktiese doeleindes bonae fidei word, moet die dogmatiese onderskeid tussen beide soorte aksies mettertyd sy belang verloor. Noodwendig word die funksie van die exceptio doli generalis ook hierdeur afgewater en sodra geen handelinge en aksies meer stricti iuris is nie, verdwyn die ratio vir 'n algemene exceptio doli. Dit is om hierdie rede dat die exceptio doli generalis nie deel van die Romeins-Hollandse reg uitgemaak het nie en allermins deel van die Suid-Afrikaanse reg kan uitmaak.

---

[91]Vgl *North Vaal Mineral Co v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T) 608; *Rashid v Durban City Council* supra; *De Lange v Tvl Lewende Hawe Ko-op* 1958 1 SA 17 (T) en *OK Bazaars v Universal Stores* 1973 2 SA 281 (K) 293.

[92]Sien die opmerkings in *Schwartzer v John Roderick's Motors* 1940 OPD 170.

[93]Sien egter *Connock's Motors v Sentraal Westelike Ko-op* 1964 2 SA 47 (T) 49A.

[94]per appèlregter *Hoexter* in *Trust Bank v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 416.

[95]Vgl *Farrar v Geldenhuys* 1908 TH 16 19 en *Oceanair v Sher* 1980 1 SA 317 (D) waar die hof by implikasie beslis dat die een verweer nie wyer as die ander is nie.

[96]Sien bv *Johaadien v Stanley Porter* 1970 1 SA 394 (A) 409; die verdere opmerkings in *Oakland Nominees v Gelria Mining* 1976 1 SA 441 (A) en *Aris Enterprises v Waterberg Koelkamers* 1977 2 SA 436 (T).

Vandag word aanvaar dat alle kontrakte in die Suid-Afrikaanse reg bona fide is.[97] Aronstam beweer dat die exceptio doli generalis om hierdie rede in alle ooreenkomste as "an element of good faith," geïmpliseer is en dit nie eers nodig is om dit uitdruklik te pleit nie.[98] Hy verloor hiermee uit die oog dat die stelreël, bonae fides iudiciis insunt, verband hou met die Romeinse aksiestelsel, dat kontrakte vandag nie bona fide in 'n Romeinsregtelike sin is nie en dat die bona fides nie net met die verwysing na die exceptio doli generalis, geregverdig kan word nie. Die analogie wat die appèlhof graag tussen 'n skriftelike kontrak en 'n negotium stricti iuris wil sien, is ongelukkig ook 'n stap terug na primitiewe regsdenke.[99]

Myns insiens kan die probleme rondom die exceptio doli generalis in die praktyk slegs opgeklaar word deur dit in die korrekte historiese perspektief te sien. Teen hierdie perspektief beoordeel, lyk dit asof die stryd rondom die exceptio doli generalis, slegs 'n stryd om woorde kan wees. Dit moet ook ingesien word dat die exceptio doli generalis in die Suid-Afrikaanse reg maar net 'n hulpmiddel was waarmee die materiële reg, ooreenkomstig die howe se tradisionele strewe na geregtigheid, aangepas is. Indien die howe die algemene exceptio doli vir toekomstige gebruik in reserwe wil hou, doen ek aan die hand dat dit tot gevalle van kwaaie trou beperk moet word. As dit nie sodoende beperk word nie, bestaan die gevaar dat dit slegs 'n hangertjie vir billikheid kan word. Volgens die gestelde beperking beoordeel, behoort dit duidelik te wees dat die trefwydte van die exceptio doli generalis nie wyer as dié van estoppel en rektifikasie strek nie. Waar estoppel en rektifikasie tot 'n party se beskikking is, kan daar in elk geval met die exceptio doli generalis weggedoen word. □

A judge is not a mere umpire to answer the question "How's that?" His object, above all, is to find out the truth, and to do justice according to law; and in the daily pursuit of it the advocate plays an honourable and necessary role.

Lord Denning in Jones v National Coal Board *1957 2 All ER 155 (A) 159*

---

[97]Sien bv *Estate Schickerling v Schickerling* 1936 CPD 276 en *Paddock Motors v Igesund* 1976 3 SA 16 (A) 28.

[98]1979 *THRHR* 21 37.

[99]Vgl *Paddock Motors v Igesund* supra 28.

The Publications Act: production of an undesirable publication or object

YM Burns
B Iur LLM
Senior Lecturer in Constitutional Law at the University of South Africa

OPSOMMING

Die Wet op Publikasies verbied die verspreiding, besit, invoer en voortbring van ongewenste publikasies of voorwerpe.

Die omskrywing van ongewenstheid soos in die wet vervat, veroorsaak heelwat probleme by die uitleg daarvan. Die ongewenstheid van 'n publikasie of voorwerp word gemeet aan die maatstaf van die huidige gemeenskapsopvatting, soos verpersoonlik deur die gemiddelde lid van die gemeenskap.

Die wetgewer het duidelike onderskeid gemaak tussen die *voortbring* enersyds en die verspreiding, besit en invoer andersyds van ongewenste publikasies of voorwerpe. In die eersgenoemde geval is 'n besluit van 'n komitee nie 'n voorvereiste vir die bestaan van ongewenstheid nie, maar wel vir die instelling van 'n vervolging.

Volgens 'n wysigingswet op publikasies is 'n kennisgewing deur 'n komitee "afdoende" bewys van ongewenstheid. Die hof het voorheen onderskei tussen "genoegsame" en "afdoende" bewys en tot die gevolgtrekking gekom dat waar 'n wet bepaal dat 'n dokument of sertifikaat afdoende bewys van 'n aangeleentheid is, die dokument nie bevraagteken mag word nie. Hierdie mening moet egter gekwalifiseer word, aangesien enige dokument of sertifikaat te eniger tyd aanvegbaar is op grond van bedrog of afwesigheid van jurisdiksie van die liggaam wat dit uitgereik het.

Mens rea is 'n vereiste vir die misdaad geskep deur artikel 8(1)(a) van die Wet op Publikasies. Die hof het aanvaar, sonder om daaroor te besluit, dat mens rea in die vorm van culpa vir hierdie doel voldoende is.

1 INTRODUCTION

The censorship of publications, films and entertainments has found its way into the legislation of most modern countries. Even though freedom of speech and expression is recognised as an important right of the individual, it is also acknowledged that some control over this freedom must be exercised.

Publications control in South Africa has not proved altogether successful and the censorship machine has been the subject of a great deal of criticism. The wrangles between authors such as Nadine Gordimer, André Brink and Etienne le Roux and the censors have also aroused a great deal of public interest.

Section 8 of the Publications Act specifically prohibits the production of an undesirable publication or object, and if one examines the wide definition of undesirability set out in the act, one's sympathy tends to lie with the author or producer, who is placed in the invidious position of having to conform to these rather vague criteria.

2 UNDESIRABILITY IN GENERAL

Although the Publications Act has not introduced a system of prior censorship in the sense that approval of a publication or object[1] must be obtained prior to its publication or distribution,[2] section 8 of the act does prohibit the distribution,[3] possession[4] and importing[5] of publications or objects which have been judged undesirable by a committee.[6] Section 8(1)(a) which prohibits the production of undesirable publications or objects makes no reference to a committee's decision as to undesirability.

The definition of undesirability is contained in section 47(2) of the act. Section 47(2)(a), which relates to public morals, defines undesirability as that which is indecent or obscene or is offensive or harmful to public morals.[7]

Section 47(2)(b) defines undesirability as that which is blasphemous[8] or offensive[9] to the religious feelings[10] or convictions of any section of the inhabitants[11] of the Republic.

Section 47(2)(c) defines undesirability as that which brings any section of the inhabitants of the Republic into ridicule or contempt.[12]

Section 47(2)(d) refers to that which is harmful to the relations between any sections of the inhabitants of the Republic.[13]

---

[1]Although the Publications Act controls the production, distribution and possession of publications or objects, films and public entertainments, this discussion will refer principally to publications and objects.

[2]The act does not stipulate that prior approval of a publication or object is a requirement, but any person may submit a publication or object to the director of publications for a decision.

[3]s 8(1)(b).

[4]s 8(1)(d).

[5]s 8(1)(e).

[6]Members of the committee are appointed by the directorate and are drawn from a list of names compiled by the minister of the interior and immigration every three years.

[7]The appeal board has distinguished these criteria viz "indecent or obscene," "offensive to public morals" and "harmful to public morals" – 6/75 *Brandwagpers*. However, the problem of semantics still remains. How does one eg distinguish "revolting," "indecent" and "obscene"? One of the inherent difficulties in the act is the difficulty of interpreting s 47, as it is difficult to establish an objective criterion if the meaning of terms such as "indecent and obscene" cannot be precisely defined.

[8]Blasphemy must be seen in the juridical sense and not in the theological sense, and must be taken to have the same meaning as in the common law offence of blasphemy – 17/75 *Play with Fire*.

[9]Offensiveness is not that which merely displeases, but that which is repugnant, mortifying or painful – see *Publications Control Board v Gallo (Africa) Ltd* 1975 3 SA 665 (A) and 6/75 *Brandwagpers*.

[10]The appeal board distinguishes between religious convictions and religious feelings. "Convictions" relate to the final religious viewpoint of the particular section of the community, eg church laws and synodal decisions. "Feelings," on the other hand, relate to matters which do not have these characteristics – 27/75 *Eendag op 'n Reëndag*.

[11]The board has found that this section must be read as "blasphemous or offensive to the religious convictions or feelings of any community (or people) of the Republic, as distinct from the rest" – 144/76 *The Dawn Comes Twice* 31.

[12]The feelings of the average member of the specific community must be considered – 71/77 *Die Stem*.

[13]Undesirability in terms of this section would include eg confrontation or polarisation

Section 47(2)(e) refers to that which is prejudicial to the safety of the state, the general welfare or the peace and good order.[14]

The undesirability of a publication or object (film and public entertainment) is determined in accordance with prevailing community standards. The board has acknowledged that it is an extremely difficult task to determine the community standards, and for this reason, has attempted to find the median of standards in the community. It is apparent that the board is faced with an almost impossible task when it examines the heterogenous nature of the community, as the difference in standards extends from the liberal suburban South African's point of view to that of the rural South African, and from the intellectual to the illiterate. Differences are also to be found in the various language groups, for example the Afrikaans-speaking community tends to be somewhat more conservative than the English-speaking community.

The community approach is personified by the approach of the average member of the South African community. To determine this approach the board considers various factors such as the recognition of the population's endeavour to uphold a Christian way of life,[15] and that a higher degree of tolerance is exhibited towards serious literature,[16] etc. The appeal board has also recently adopted the approach that the *likely reader* must be considered in determining undesirability under section 47(2)(a), which relates to public morals.

3 THE PRODUCTION OF UNDESIRABLE PUBLICATIONS OR OBJECTS

The distribution and possession of a publication or object are not prohibited until a committee has declared it undesirable, and notice of undesirability is published in the government gazette. The legislature has, however, dealt with the *production* of an undesirable publication or object on an entirely different footing, in that neither a decision by a committee, nor notification thereof in the gazette, is a requirement.

In *S v Moroney*,[17] appellant contended that an offence under section 8(1)(a) is committed only after a committee has declared a publication or object undesirable, and that a publication produced *prior* to such a decision does not constitute a contravention of the section. The court came to the conclusion that the legislature clearly intended to treat the producer of an undesirable publication or object on a different footing to that of a distributor, possessor and importer.

---

between two groups. See Van Rooyen *Publikasiebeheer in Suid-Afrika* 126 and 87/76 *Leadbelly*.

[14]The board has decided that prejudice or future prejudice must be a reasonable possibility – 17/75 *Play with Fire*.

[15]This section has been the subject of a great deal of criticism, and in my opinion would have been more effective had it referred to religious and ethical standards in general ie as a type of ideal way of life or norm, to which the board could refer in its adjudication.

[16]See 77/77 *Magersfontein, O Magersfontein*.

[17]1978 4 SA 389 (A).

As undesirability is defined in wide terms in section 47(2), an author, creator, artist or sculptor will often be uncertain whether he has contravened the act or not. Although it is a relatively simple matter to distinguish between hard-core pornography and art, the producer of for example a painting of a nude, or a reproduction of Michelangelo's David, could well be placed in a difficult position. Under these circumstances he is faced with two possible courses of action to avoid a prosecution. He may submit his work to the directorate for approval by a committee,[18] or he may impose a type of self-censorship. Both courses of action may well be viewed by authors and artists alike as a curtailment of their freedom of expression.[19]

Although section 8(1)(a) has a wide sphere of application, the legislature has admittedly narrowed the field by requiring compliance with certain provisions prior to the institution of any prosecution. No prosecution may be instituted unless the publication or object has been found to be undesirable by a committee; the period for appeal must have expired; and the attorney-general having jurisdiction in the area must have consented in writing to the institution of a prosecution.

3 1 WHAT CONSTITUTES SUFFICIENT PROOF OF UNDESIRABILITY?

In terms of section 8(4)(b) of the Publications Act a notice published in the government gazette, to the effect that a publication or object is undesirable in terms of a committee's decision, constitutes sufficient proof of its undesirability.

In *S v Moroney*,[20] appellant had been convicted on a charge of contravening section 8(1)(a), in that he had on two occasions unlawfully produced an undesirable publication, viz two issues of a Witwatersrand University student newspaper known as "Wits Student." Moroney, who was the editor of the newspaper, was convicted on both counts and fined. The magistrate found that the provisions of the act made it unnecessary for him to decide whether the publications were undesirable, since the

---

[18]Van Rooyen op cit 34 is of the opinion that as soon as the committee has notified the directorate of its decision, it can no longer alter that decision. The appeal board has also adopted the approach that a committee is functus officio, and no longer exists once it has come to a decision. See 39/75 *Jaws*. In my opinion, however, the committee is not functus officio in respect of its invalid dispositions. See *Garment Workers' Union (Western Province) v Industrial Tribunal and Minister of Labour* 1963 4 SA 775 (A) 787. Where the committee has come to a valid decision, but has made an onerous disposition (eg prohibited the publication of a book), it is submitted that the committee has the power to alter that decision. See too Wiechers *Administratiefreg* 176 where he points out, correctly in my view, that where a ban is lifted no-one will complain, for it is obvious that the individual concerned will not protest against the lifting of the original prohibition, order or refusal.

[19]Freedom of expression is not absolute, since I may not eg defame any living person, but the appellate division has referred to freedom of speech as "a hardwon and precious asset" and has held that, in deciding whether a liberty should be denied (eg the freedom to publish a story), the courts "should be anxious to steer a course as close to the preservation of liberty as possible" – *Publications Control Board v William Heinemann Ltd* 1965 4 SA 137 (A) 160.

[20]supra.

decision of the committee was sufficient proof of undesirability. Although the Transvaal provincial division dismissed the appeal, it granted leave to appeal to the appellate division as it considered the effects of section 8 to be far-reaching.

On appeal the state contended that as a decision by a committee constitutes sufficient proof of undesirability, it was not open to the court to come to any other conclusion than that the publications were undesirable. However, Van Winsen AJA pointed out that when appellant required particulars of the respect in which the publications were alleged to be undesirable, the public prosecutor was unable to provide the information. He continued to comment in the following words on the view upheld by the court a quo:

> "In effect, therefore, the court before whom the State sought a decision as to whether or not appellant had contravened s 8(1)(a) of the Act was held to be precluded from deciding upon what was, after all, the gravamen of the charge, viz whether or not the publications are undesirable. Such decision had to be left to be taken by an extra-judicial body, operating in an administrative capacity, whose members need have no legal training, before whom the appellant has no right of audience, who in their deliberations are not required to have regard to the rules of justice designed to achieve a fair trial, whose proceedings are not conducted in public and who are not required to afford any reasons for their decision."[21]

The court found that if this interpretation were to be upheld it could "result in a person accused under s 8(1)(a) being unfairly exposed to the risk of a considerable measure of prejudice."[22]

The court distinguished between "sufficient" and "conclusive" proof of a fact, holding "sufficient proof" to mean prima facie proof, unless the context compels a different conclusion, and "conclusive proof" to mean that "the effect of the enactment is to create a presumptio juris et de jure that the document or certificate establishes incontrovertibly the truth of that fact."[23] The court referred to English and South African authority to substantiate the premise that where a statutory enactment prescribes that a document or certificate constitutes *conclusive* proof of a stated fact, such a finding is not open to attack on the ground of mistake or fraud:

> "However drastic the limitation on a court's jurisdiction such a provision may constitute, if such is the clear meaning of the enactment, the courts will as illustrated in some of the cases quoted above, apply it."[24]

In my opinion the South African authority on which the court relied does not support it.

In the first of the South African cases referred to viz *Registrar of Asiatics v Salajee*[25] it was held that a registration certificate granted to an Asiatic in proper form under section 4 of act 2 of 1907, cannot be annulled unless the holder is proved *to have been guilty of fraud* in its procurement.

---

[21]supra 403.
[22]supra.
[23]supra 406.
[24]supra 407.
[25]1925 TPD 71.

In *Glenfield v Zebediela Employees' Co-Operative Trading Society Ltd*[26] the court held that where the registrar of co-operative societies had granted a certificate in terms of section 97(3) of act 29 of 1939, declaring a body to be a closed co-operative society, the court's jurisdiction was ousted and the registrar's decision could only be reviewed *if fraud was present.*

In *SA Army Fund v Umdloti Beach Health Committee*[27] Hoexter J held as follows:

> "[S]ince there was manifest *abscence of jurisdiction* on the part of the signatory it follows that what is stated in the certificate cannot be conclusive."

In *African and European Investment Co Ltd v Warren*[28] the court held that

> "[W]here the Legislature declares a document to be unimpeachable, it must be taken to have counted the cost. Except in so far as well established principles of law may intervene, a knowledge of which must be presumed in the Legislature, a Court of law has no option but loyally to give effect to the law. But there is no document in law which is wholly unimpeachable. *Any document can be upset on the ground of fraud.*"[29]

In the latter case, the court went so far as to rectify an error which had occurred on a diagram approved by the surveyor-general, despite the fact that the act stipulated that an approved diagram constituted conclusive proof of the accuracy of the survey.

There are further instances where the courts have intervened despite express exclusion of their jurisdiction.

In *Union Government v Fakir*,[30] the court held:

> "[T]he fact that an order purports to be done under the Act will not exclude the interference of the courts where there was no jurisdiction to deal with the matter at all, or where it has been dealt with not *bona fide* but fraudulently. But to justify our interference, fraud or absence of jurisdiction must be alleged and proved or must appear from the papers."

In *Wray v Minister of the Interior*[31] the court found that section 11 of the Admission of Persons to the Republic Regulation Act 59 of 1972 specifically excluded the court's jurisdiction to review, quash, reverse, interdict or otherwise interfere with any proceeding, act, order or warrant of the minister, a board, passport control officer etc. The court found that unless the applicant can

> "allege and prove that the action or proposed action of the second respondent to deport the applicant is one for which no warrant at all exists in the Act in the sense *that he has no jurisdiction at all to perform such an act, or that, having jurisdiction to deport him, it is done fraudulently or mala fide*, I cannot interfere, even if it were for some reason illegal."[32]

---

[26]1950 2 SA 155 (T).
[27]1974 4 SA 948 (N) 955 (my emphasis).
[28]1924 AD 308.
[29]supra 325, per De Villiers JA (my emphasis).
[30]1923 AD 466 470.
[31]1973 3 SA 554 (W).
[32]supra 561 (my emphasis).

Wiechers[33] concludes:

> "[D]ie posisie is dus vandag dat die howe ten spyte van die direkte statutêre uitsluiting van hul hersieningsbevoegdheid nietemin die regsgeldigheid van 'n administratiewe handeling sal kontroleer as daar genoegsame bewys van growwe magsoorskryding, *mala fides* en bedrog, [of] magsweiering . . . aanwesig is."

When will a matter be serious enough to warrant the court's intervention, despite specific exclusion of jurisdiction? Wiechers believes that the answer to the conflict between the clear exclusionary power and the interest of the individual must be sought in the prejudice which is suffered by the individual, and that it is only when an obvious excess of power or mala fides has occurred, that the court's intervention is warranted.[34] This means that the bona fide actions of administrative organs are usually not reviewable by the courts where jurisdiction is excluded. This is in principle the position even if an aggrieved person should wish to rely on non-compliance with the rules of natural justice, unreasonableness of the result, acting for an ulterior purpose or disregard of the rules of procedure. It is only when the disregard of these rules becomes so flagrant that it can no longer be said that the administrative organ is acting within the framework of the act, that the courts may intervene, even though their power has been specifically excluded. Whether such a rule has been flagrantly disregarded is a question of fact, the answer whereof will vary from one instance to another.

In the light of these considerations the statement in the *Moroney* case to the effect that, where a statute prescribes that a document or certificate constitutes *conclusive* proof of a stated fact, such document is not open to attack on the ground of mistake or fraud, must be qualified. In the present context this means that the court's jurisdiction will not be excluded where a committee has acted without jurisdiction, or mala fide.

Section 8(4)(b) of the Publications Act has subsequently been amended. In terms of the amendment a notice published in the gazette stating that a publication or object is undesirable in terms of a committee's decision, constitutes *conclusive* proof of undesirability. However, in the light of the preceding discussion, it is submitted, a notice by a committee may still be attacked on the ground of fraud or absence of jurisdiction.

3 2 WHICH DEFENCES MAY BE RAISED TO AVOID A CONVICTION UNDER SECTION 8(1)(a)?

3 2 1 **The nullum crimen rule**

The first defence which comes to mind, is the defence based on the nullum crimen sine lege rule. According to this rule, an offender may not be punished for his actions in the absence of a clear and definite legal basis.[35] The rule implies, inter alia, that penal statutes should not operate retrospectively and that the definitions of common law and statutory crimes should be reasonably precise and fixed.[36]

---

[33] *Administratiefreg* 291.
[34] ibid.
[35] See Burchell and Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol 1 53.
[36] ibid.

At the time of production, a publication or object cannot yet have been declared undesirable, and the question is whether the mere production of a publication or object can be an offence, and whether a prosecution based entirely on a subsequent declaration of undesirability by a committee, is not a violation of the nullum crimen rule. It is submitted that the legislature intended to prohibit the production of publications or objects which are intrinsically undesirable, ie that the production of an undesirable publication or object is prohibited per se. The offence is committed at the time of production, and the committee's decision on undesirability merely constitutes a pre-condition for prosecution, and does not amount to a retrospective application of the act. As already mentioned, the court rejected the contention in the *Moroney* case to the effect that section 8(1)(a) should be interpreted to mean that the production of a publication *already* declared undesirable by a committee is punishable.

On the other hand, as has been explained before, the requirements for undesirability are defined in very wide terms, and it is questionable whether the definition complies with the nullum crimen rule.

3 2 2 Mens rea

The next question to be considered is whether section 8(1)(a) imposes an absolute liability on the individual, in that the requirement of mens rea is excluded. The section makes no reference to the exclusion of mens rea[37] and if the act is read as a whole, it is my opinion that there is not sufficient indication to warrant the conclusion that the legislature had strict liability in mind.

The proviso in section 47(4) to the effect that in determining the undesirability of any publication or object, no regard shall be had to the purpose of the person by whom the matter was produced or distributed, cannot, in my opinion, be interpreted as creating strict liability. The words "the *purpose* of the person ["doel van die persoon"] by whom the matter was produced or distributed" refer to the approach to be adopted by a committee or the appeal board in determining undesirability, and do not exclude mens rea as an element of the offence. In other words, in determining undesirability the intention of the author or creator may not be considered by the committee (even where the purpose is not an "ulterior" one but, for example, to promote a charitable venture). The undesirability of the publication or object must be determined objectively, ie from a consideration of the publication or object itself.[38]

---

[37]See *S v de Blom* 1977 3 SA 513 (A) 529 where the court held: ". . . in ons reg [geld] die algemene reël . . . dat *actus non facit reum nisi mens sit rea* en dat by die uitleg van 'n strafbepaling vermoed word dat die Wetgewer, by ontstentenis van duidelike aanduidings tot die teendeel, nie bedoel het om skuldlose oortredings daarvan met straf te bedreig nie."

[38]Van der Vyver *The Law of South Africa* vol 2 100: "In *Republikeinse Pers (Edms) Bpk v Die Komitee oor Publikasies* the publications appeal board decided that interpreters must in general evaluate a publication or object in view of the purpose that appears objectively from the particular publication or object itself, but without taking note of what the publisher or author thereof purports in this regard."

In *S v Russel*[39] the court held that, although section 47(2) provides that the purpose of the person producing the publication is not relevant in determining whether the publication is undesirable or not, that purpose could be relevant in determining whether or not the producer had the necessary mens rea to commit the offence created by section 8(1)(a).

Mens rea is thus an essential element of that offence. The question, however, is what form of mens rea is required. In other words, must the prosecution prove that the accused knew the publication or object was undesirable (dolus), or need it merely be proved that he should have known that it was undesirable (culpa)?

In *S v Hanekom*,[40] which dealt with the possession of prohibited publications, appellant had been convicted by a magistrate on four counts of contravening section 8(1)(d). Appellant admitted possession of the publications on the first four counts, but denied knowledge of the prohibition of possession. On the other counts he admitted that the publications had been found in his study, but averred he was unaware of their presence. On appeal Fagan J found that the section

> "did not impose an absolute prohibition against the possession of prohibited publications, but that *mens rea* was an essential element of the offence."[41]

The nature of mens rea and the question whether the state had established the elements in all four counts were in dispute. The state submitted that proof of culpa was sufficient to obtain a conviction, but the appellant alleged that dolus had to be proved.

On counts 1 and 2 the court found on the facts that appellant had not been negligent in failing to ascertain whether possession had been prohibited. On the other counts the court held that to establish possession the state had at least to prove that appellant knew that he had prohibited pamphlets in his possession. Awareness had to be proved and could not be imputed to appellant on the basis that he negligently failed to be aware of the presence of the pamphlets:

> "Positive knowledge had to be proved and what appellant ought to have known was irrelevant."[42]

The court unfortunately did not expressly decide whether the required form of mens rea was dolus or culpa, holding that, as the state had failed to prove appellant's guilt on any of the four counts, it was

> "accordingly not necessary to express a view on whether the requisite form of *mens rea* that the State had to prove was *dolus* or *culpa*."[43]

In an appeal before the Transvaal provincial division in *S v Moroney*[44]

---

[39]1980 2 SA 459 (C).
[40]1979 2 SA 1130 (C).
[41]supra 1131.
[42]supra 1136.
[43]ibid.
[44]Appeal no CA 476/76 (unreported).

it appears as if the court required dolus as the requisite form of mens rea, holding that

> "[T]he 'producer' must be presumed to know the character of the publication or object which he has produced."[45]

The court also found that a person can adequately protect himself by submitting his publication to the committee in advance, and if he decides not to do so, he is consciously taking the risk of prosecution.

Van Rooyen[46] accepts that the court was testing for dolus in the first *Moroney* appeal but submits that the court did not altogether dismiss culpa. In his view the ordinary test for negligence should be applied, ie if the reasonable man in the same circumstances as those of the accused would not have foreseen that the publication might be undesirable, he should be acquitted.

In *S v Russel*[47] the court assumed without deciding that culpa would suffice for a contravention of section 8(1)(a). The state contended that the appellants' negligence lay in the fact that they had failed to ascertain whether the publications constituted a contravention of the law or not before producing them. However, the court found on the facts that the appellants had not been negligent.

In the light of the foregoing it is clear that mens rea must be proved in order to secure a conviction under section 8(1)(a). It is submitted that it is a reasonably simple matter to prove dolus where the publication or object produced is pornographic, provided the distinction between pornography and erotic realism is borne in mind.[48] However, where an author discusses contentious matters such as race relations or discrimination, the matter is not quite so simple. In view of the wide definition of undesirability in the act, an author may suspect, but not be entirely convinced, that his publication is likely to be undesirable. He has the option of presenting the publication to a committee for its decision (which is not feasible where a publication appears on a weekly basis), or of facing the risk of prosecution.

---

[45]supra 5.

[46]op cit 160.

[47]supra.

[48]See Eberhard and Phyllis Kronhausen *Pornography and the Law* 18 where they say: "In pornography (hard core obscenity) the main purpose is to stimulate erotic response in the reader. And that is all. In erotic realism, truthful description of the basic realities of life, as the individual experiences, it is of the essence, even if such portrayals . . . have a decidedly anti-erotic effect. But by the same token, if, while writing realistically on the subject of sex, the author succeeds in moving his reader, this too, is erotic realism, and it is axiomatic that the reader should respond erotically to such writing, just as the sensitive reader will respond perhaps by actually crying, to a sad scene, or by laughing when laughter is evoked." See too Van der Westhuizen "Pornografie en die Reg" 1976 *De Jure* 64 where he says that pornographic matter is unlawful, but erotic realism is lawful, and that in cases of doubt, freedom of expression should prevail, since "[W]aar daar twyfel bestaan oor die letterkundige waarde en pornografiese aard van 'n werk, is Van Wyk Louw van belang waar hy sê dat geen volk 'n groot letterkundige kan hê nie as hy nie bereid is om iets daarvoor te waag nie."

4 CONCLUSION

The following conclusions may be drawn from the preceding paragraphs:

1 The state must prove mens rea in the form of dolus or culpa to secure a conviction under section 8(1)(a).

2 Once a committee has declared a publication or object undesirable, the committee's decision constitutes *conclusive* proof of undesirability. This means in effect that a criminal court is bound by the findings of the committee and no evidence may be led to disprove undesirability.

Were it not for the requirement of proof of mens rea, it could be argued that a criminal prosecution instituted after a committee's finding is nothing more than a formality, in the sense that the committee "which is an extra-judicial body, operating in an administrative capacity, whose members need have no legal training,"[49] decides conclusively upon the gravamen of the charge. But for the requirement of mens rea, it would surely have sufficed for a committee to refer the matter to another administrative body for the imposition of a fine, should the artist, author or creator disregard its finding.

The only defence upon which an author or publisher may rely in a criminal prosecution under section 8(1)(a) is that he did not know, and could not reasonably have known, that the production of the publication or object was unlawful.

The author or publisher may, however, make use of the review procedure at administrative law, by applying by way of notice of motion for a review of the committee's proceedings. However, in view of the fact that the committee's decision is conclusive proof of undesirability, its decision will be subject to review only on the ground of manifest absence of jurisdiction, mala fides or, possibly, mistake.[50] □

Only the great, and on rare occasions the less than great, judges combine with . . . classical objectivity that unmistakable passion for justice . . .

Blom-Cooper The Language of the Law *xviii*

---

[49] *S v Moroney* supra 403.

[50] *African and European Investment Co Ltd v Warren* supra.

Law, order and society*

JD van der Vyver
BCom BA (Hons) LLD
Professor in the School of Law of the University of the Witwatersrand

OPSOMMING

Suid-Afrika sit met 'n besondere politieke probleem opgeskeep, welke probleem sentreer om die botsende aspirasies van sy verskillende bevolkingsgroepe ten aansien van staatkundige selfbeskikking. Met sy hantering van hierdie vraagstuk en van besondere konflikte wat daaruit voortspruit, het die wetgewer statutereg geskep wat bykans elke norm van die regsidee oortree. In breë trekke kan die regseties verwerplike aspekte van die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg in drie kategorieë geklassifiseer word, te wete met die oog op (a) die intensiteit van staatsmagte, (b) die omvang van die jurisdiksiegebied van staatsgesag en (c) die kwessie van gelykberegtiging. In die geval van (a) kom die probleem tot uitdrukking in arbitrêre of ongekontroleerde staatsmagte wat veral in veiligheidswetgewing gestalte kry; in die geval van (b) gaan dit om seggenskap wat die staatsowerheid vir homself opeis ten aansien van terreine in die samelewing waarmee die staat hom nie behoort te bemoei nie, soos staatskontrole van die private lewens van individue, die politisering van sport, die afdwing van godsdienstige leerstellinge en selfs die behoud van etniese identiteit; en in die geval van (c) kry 'n mens te make met geinstitusionaliseerde diskriminasie gegrond op byvoorbeeld ras, geslag, politieke oortuigings en godsdienstige belydenisse. Die beginsel van die regsetiese behore wat in elkeen van hierdie drie gevalle toepassing vind, sentreer (respektiewelik) om die regstaatsidee ("rule of law"), soewereiniteit in eie kring en geregtigheid.

South Africa has come to a stage in history where its very survival as an orderly state is at stake. When one considers "the road ahead," it is, therefore, most appropriate to give account of our present predicament and its reasonable propensities, but also to consider the calculated conditions for avoiding the expected political catastrophies which would become unavoidable if, in a spirit of either contentment or fatalism, we were to permit the present tendencies to take their course. I, for one, would not want to spend my mental energies on deliberations that could not at least inspire attempts of, inter alia, sociological, juridical and political entrepreneurs to intervene in the passage of history with a view to preventing what at the hand of "laissez-faire" determinists would become the inevitable. Though empirical evaluations of the past and the present must always be based upon the de facto IS of the relevant situation, all truly useful exercises in futurology must essentially concern itself with the OUGHTS of tomorrow.

In the area of politics the future goal to be aimed at can perhaps be defined as the realisation of an orderly social dispensation that would to a

---

*This paper was delivered in Grahamstown in 1978, ie before the appointment of the commission of enquiry into security legislation under the chairmanship of Rabie JA (editor).

large extent secure the prosperous, peaceful and satisfying coexistence of all the peoples of South Africa within the territorial boundaries of our presently troubled republic.

The bringing about of order in society may be achieved by means of various kinds of commands, dictates and directions, such as social, economic, aesthetic, juridical, ethical and religious norms. I have been instructed to deal with only one thereof, namely juridical norms commonly referred to as "the law."

1 LAW AND ORDER

The law, being sanctioned by coercive means of enforcement and backed by the strong arm of the state, is an extremely effective instrument for achieving, maintaining or restoring order within the body politic. The capacity of the law to preserve order within a political society is, however, not unlimited. There are, on the contrary, a variety of factors that restrict the potency of the law in this respect. I shall deal with a few such basic limitations only.

1 1 The structural make-up of the law

A legal norm must accommodate within itself the structural essence of the juridical aspect of reality, which, according to the Calvinistic legal philosopher, Herman Dooyeweerd (1894–1977), is to be found in the modal aspect of retribution in the sense of "an irreducible mode of balancing and harmonizing individual and social interests."[1]

By its very nature the law is destined to harmonize the conflicting interests of various legal subjects and also of the state vis-à-vis its subordinates. It does so by making provision for retribution in the event of a legal fact taking place, that is by sanctioning the results that ought to follow upon any change in the legal order. It is also of the essence of a law in the juridical sense that the enforcement of the appropriate retributory consequences of a legal fact must be backed by some form of compulsion, whether imposed by state authority or by the depository of the power of compulsion in any other social entity, such as an educational institution, sports club, business enterprise, cultural organization, political party, benevolent society, or religious communion.

The law is based upon a variety of foundational substrata which include, amongst others, a historical power-structure that must secure the implementation of retribution in all instances where the legal order has been disturbed by a legal fact, either in the form of a natural occurrence, a lasting condition or a human act.[2] A minimum measure of effectiveness, to be

---

[1] *A New Critique of Theoretical Thought* (1952–1958) Amsterdam/Philadelphia vol II 129.

[2] It must be emphasized that retribution is not to be equated to punishment for wrongdoing. Retribution in the sense of punishment and private law sanctions will, of course, follow upon a wrongful act, but retribution in its widest juridical meaning also serves to restore order in the legal sphere after a lawful act, a natural occurrence or a lasting condition has taken place or has set in. For instance, if A dies, this fact disturbs the legal equilibrium, and in order to once again balance the interests affected by A's death the law, in the process of retribution, causes A's legal personality to come to an end, his marriage to dissolve, his property to be transferred to his heirs, etc.

guaranteed by a potent power-structure at the base of its implementation machinery, is one of the several preconditions for the validity of any particular rule of law, and one that perhaps more than any other concerns us within the context of this lecture.

It stands to reason that the greater the conflicts within a given political society, the greater the need to increase the powers of those entrusted with the maintenance of law and order. Resistance by the governed against the laws of a country would likewise invite the government to extend its self-imposed powers. And although coercion and compulsion backed by powerful implementation media can go a long way to secure order within the community, power is not in itself enough to do so in the long run. In the process of resistance and counter-resistance one can reach a stage where the depositories of state authority would find themselves compelled to resort to government by brute force; where, in a word, attempts to restore order in the community would amount to governmental anarchy.

To prevent such a state to set in, it would be necessary to maintain an equilibrium between the foundational power-structure of the legal system in question and other essential substrata of the law, such as a psychologically based regard for and acceptance of the law by the people as a commendable institution of society which more or less satisfies their sense of justice. Van Zyl explained that if, in view of their psychological sense of justice, the subordinates of state authority were to regard the enactments of the legislature as real law, that is as norms truly destined to guarantee order by means of retribution within the community, they would respect those enactments as such; otherwise they would view the law with distrust and as a means for creating anarchy through violence.[3]

If the state subordinates respect the law, there would be little need for extensive governmental powers; but if they do not, and the government fails to take sufficient note or loses track of the negative sentiments of its subjects regarding the law, or being aware thereof finds itself in a position where it has to rely too heavily upon elaborate powers, it is sure to pave the way for the destruction of that very order it may originally have intended to preserve.

And so the strong arm of government ought always to be counterbalanced by, inter alia, respect for the law on the part of the subjects of state authority.

1 2 The sovereign sphere of state-imposed law

It is today generally accepted that the range of a state's jurisdiction ought to be curtailed in some way or another, but political scientists are not at all ad idem as to the proper criterion to be applied for the purpose of defining the appropriate limits of a state's competencies. The approach which appeals to me most in this regard finds expression in the Calvinistic doctrine of sphere sovereignty.[4]

---

[3]Van der Vyver and Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* 254.

[4]For a full exposition and analysis of this doctrine, see Van der Vyver *Die Juridiese Funksie van Staat en Kerk: 'n Kritiese Analise van die Beginsel van Soewereiniteit in Eie Kring* (1972) Durban.

As a point of departure this theory acknowledges the existence and vital relevance of a variety of social entities, each of which having been instituted for a specific purpose and finding its essential destiny within the ambit of our temporal existence as a necessary instrument of the Divine Providence of God: educational institutions are by their very nature destined to further the acquisition of knowledge; social clubs are there to animate social intercourse between people; business enterprises are called upon to pursue economic aims; cultural organizations are entrusted with the obligation of promoting aesthetic achievements; political parties are burdened with the task of furthering particular policies for the administration of a country's affairs; religious communions are charged with fostering man's faith; and so on.

It was the medieval Calvinist legal philosopher, John Althusius (1557–1638), who first pronounced the belief that every such community was governed by its own typical laws that differed in each instance in conformity with the particular discernible nature of the social entity concerned.[5] This notion led Georg Friedrich Puchta (1798–1846) to postulate the "Selbstständigkeit" of the church as "eine Verbindung neben den Staat,"[6] which must be distinguished from the body politic "durch die Ungleichartigkeit ihres Wesens."[7] This idea in turn was paraphrased by Guillaume Groen van Prinsterer (1801–1876) as an instance of "souvereiniteit in eigen sfeer"[8] and was finally nursed by Dooyeweerd into the elaborate sociological doctrine of the sovereignty of social structures within their respective spheres of competencies.[9]

The concept of sphere sovereignty clearly indicates that each and every social entity has been endowed with jurisdiction to exercise authority within a definite mensurable enclave, predetermined by the nature of its structural destiny and which exists, not above, but alongside the similar spheres of competencies of other social units. One ought accordingly not to rely upon the political power inherent in state authority to achieve purposes that happen to fall within the sovereign sphere of social structures other than the state. Totalitarianism will manifest itself when the body politic exceeds the compass of its predestined avocation by assuming functions and performing activities that are, and ought to remain, the responsibility of other, non-political, social communities. A totalitarian system will thus be evidenced by the state's interference in the sovereign area of, for instance, religion, the arts and sciences, economics, social entertainment and recreation, et cetera.

The potential of the law as an instrument for the maintenance of order in society is therefore not only restricted by the internal structure of the law as such, but, as far as state-imposed law is concerned, preservation of a free

---

[5] *Politica Methodice Digesta* cap 1 19 (p 7): "Propriae leges sunt cujusque consociationis peculiares, quibus illa regitur. Atque hae in singulis speciebus consociationis aliae atque diversae sunt, prout natura cujusque postulat."

[6] *Cursus der Institutionen* (1841) Sixth extended ed by Rudorff (1865) Leipzig 1 1 14 (31).

[7] 1 2 25 (65).

[8] *Ter Nagedachtenis van Stahl* (1862) Amsterdam 30–31.

[9] See, for instance, *A New Critique of Theoretical Thought* vol III 169–170; *De Strijd om het Souvereiniteitsbegrip in de Moderne Rechts- en Staatsleer* (1950) Amsterdam.

society would also require state actions to remain confined to only those matters that come within the range of the typical destiny of the body politic.

The typical destiny of a political society may perhaps be related to the function of the state to maintain law and order by juridical means. In view of the doctrine of sphere sovereignty this would imply, inter alia, that the state ought not to employ the powers at its disposal to restrict the free actions of its subjects unless the factual existence of an inter-individual conflict of interests requiring arbitration necessitates state intervention in order that – as Immanual Kant (1724–1804) would want to put it – the volition of one person can have its way alongside the equal volition of other persons under a general law of freedom.[10]

1 3 Directive principles of the legal idea

It is of equal importance that the law should also strive to comply with ethically based standards of the law that ought to be; that is, with the legal idea.

There are many ways in which order in the community can be maintained. The history of the world has on many occasions witnessed governments startling the fear of hell into their subjects and causing the people, through brutal intimidation, to resign themselves to a condition of terrified obedience. Situations may even arise in which a state would find itself physically capable of slaughtering a substantial number of the obstructionists under its control. But these are not the methods to go by in civilized and in particular in Christian societies. Not only would the life-span of a political society consisting of a dehumanised bunch of conformists and in which the maintenance of law and order has been preconditioned by awe-inspiring force, be extremely limited indeed, but the fact also remains that the law as such ought always to preserve at least some of the values of an ethically based superstructure. Even the most crucial security measures of the state are not immune against moral scrutiny.

It would not be possible within the context of this lecture to outline all the moral principles that ought to underlie the law in general or any legal rule in particular. I shall therefore confine this analysis to a few basic generalities regarding the idea of justice, which admittedly embraces the major directives that ought to be observed by legislatures when dealing with the juridical relationships between the state and its subjects.

Ever since Aristotle, in the fourth century BC, presented western culture with the first truly scientific exposition of the concept of justice,[11] it has

---

[10] *Metaphysik der Sitten* (1797) 2nd ed by Vorländer (1907) Leipzig 34–35 where Kant defined natural law as "der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann."

[11] For a more detailed analysis of the Aristotelian concept of justice, see for instance Salomon *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles* (1937) Leiden; Trude *Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie* (1955) Berlin; Dooyeweerd "Een Nieuwe Studie over het Aristotelisch Begrip der Gerechtigheit" 1958 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 3; Van der Vyver "Die Regsleer van Aristotelés (384–322): 'n Probleemstelling" 1962 *Koers* 224.

been generally accepted that this fundamental directive of the legal idea requires the equal treatment by and before the law of all the subordinates of a particular legal order.

Whereas (commutative) justice in private law relations requires a strict arithmetical equality – that is an equality which ignores the subjective attributes of the persons concerned – between, for instance, performance and counter-performance in contracts and between harm and damages or injury and reward in delicts, distributive justice, that governs the allocation by state authority of for instance the rights and obligations of different groups of state subjects, entails the principle of geometrical equality which can perhaps be described as an equality based upon the inequality of the subjects concerned. In his *Nicomachean Ethics*[12] Aristotle summarized the gist of his notion of distributive justice in the following terms:

> "And there must be the same 'equality' (ie the same ratio) between the persons and the things: as the things are to one another, so must the persons be. For if the persons be not equal, their shares will not be equal; and this is the source of disputes and accusations, when persons who are equal do not receive equal shares, or when persons who are not equal receive equal shares."

This simply means that the subjects of the state must receive whatever state authority has to offer "according to merit;"[13] or in the words of Wolfgang Friedmann's paraphrase of the Aristotelian concept of distributive justice, that equals ought to be treated equally and unequals unequally.[14]

Aristotle was careful to emphasize that not every subjective quality of the persons involved is to be taken into account when applying the principle of distributive justice. He suggested a teleological approach in this regard: the *purpose* of the distribution must serve as the criterion for distinguishing the relevant from the irrelevant personal attributes.

It is quite clear that the Aristotelian notion of justice does not exclude all differentiations for purposes of the law between different groups of persons. In the United States of America, whose legal institutions can serve as an example of a modern egalitarian system of law,[15] a classification of persons and differentiation for juridical purposes between different classes of persons are regarded as constitutionally permissible if such classifications and differentiation are founded upon reasonable grounds.[16] If a classification serves to differentiate between persons in the area of any of the constitutionally protected human rights, it will be upheld only if it is proved to be

---

[12]5 3 6 (translation by Peters *The Nicomachean Ethics of Aristotle* 10th ed (1906) London 145).

[13]*Nicomachean Ethics* 5 3 7.

[14]*Legal Theory* (1967) New York 21.

[15]In *Cummings v Missouri* 71 US (4 Wall) 277 (1867) 321 Field J summarized the basis of American law, in view of the wording of the Declaration of Independence 1776, as follows: "The theory upon which our political institutions rest is, that all men have certain inalienable rights – that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; and that in the pursuit of happiness all avocations, all honors, all positions, are alike open to every one, and that in the protection of these rights all are equal before the law."

[16]*Lindsley v Natural Carbonic Gas Co* 220 US 61 (1911) 78.

necessary "to promote a *compelling* governmental interest."[17] But even then, if a classification and differentiation amounts to racial discrimination, it is to be regarded as "suspect" and will almost invariably be invalidated by the courts as being unconstitutional and unjust.[18]

Being a component part of the legal idea, justice is commonly believed not to be an essential ingredient of positive law – though it admittedly accosts the conscience of law-makers and signifies the moral compatibility of a particular legal system or rules of law. It is, however, an open question whether or not the supposed juridical norms of a legal system which altogether lack all traces of contemporary standards of justice can truly be called laws. Gustav Radbruch (1878–1949), an eminent German legal philosopher whose views had greatly been fashioned by the horrors of the Nazi-régime in his fatherland, was amongst those jurists who believed that juridical laws must necessarily entail at least a certain minimum standard of justice.

As an exponent of the Neo-Kantian school of Baden, Radbruch transformed principles underlying the law as its essential substrata (see para 1 1 above), as well as those principles which in the Neo-Calvinistic jurisprudence of Herman Dooyeweerd have been characterised as directive ideas derived from the ethical superstratum of the law, as value structures of the legal idea.[19] He distinguished three such value ideas, ie justice, efficacy and legal certainty, and pointed out that those values can to a certain extent contradict one another, for instance in so far as legal certainty may require the enforcement of unjust laws. But if positive law were to sanction excessive injustices, the need for legal certainty would become negligible,[20] and in such a case justice must enjoy priority and the legal subjects would be morally entitled to ignore the positive law and to resort to *das übergesetzliche Recht*[21] – a term used by Radbruch to denote what is commonly called "natural law."

2 THE SOUTH AFRICAN CONTEXT

I have so far attempted to underline certain ingredients of the juridical aspects of reality which to some extent curtail the expediency of the law as far as the maintenance of order in society is concerned. Those juridical hamshackles arise from, briefly, (a) the essential structure of the law as such which presupposes, inter alia, an adequate power-structure to enforce the retributory function of the law, and also general acceptance of the rules of law resulting from and inspired by a psychologically based notion of justice of a cross-section of the people subjected to those laws; (b) the limited range of the state's sphere of sovereignty which, inter alia, confines the

---

[17] *Shapiro v Thompson* 394 US 618 (1969) 634.

[18] Cf *Karematsu v United States* 323 US 214 (1944) 216.

[19] *Vorschule der Rechtsphilosophie* 2nd ed (1959) Göttingen 24–33.

[20] One could argue that the sanctioning of extensive injustices (in even clear and unequivocal terms) may cause interpreters of the law to doubt whether such injustices could, under the prevailing circumstances, ever have been intended by the legislature, thereby bringing the certainty required of statutory law into dispute to an extent where one may conclude that the law is invalid for lack of legal certainty regarding its provisions.

[21] Cf also op cit 37; *Rechtsphilosophie* 7th ed (1970) Stuttgart 353.

nature and ambit of state-imposed law to an enclave of competencies predetermined by the structural destination of the body politic; and (c) the directive principles of what the law ought to be, founded upon ethics and which serve as a criterion for the evaluation of the moral plausibility of a legal system or of particular rules of law.

I shall next look into the tendencies disclosed by recent developments and the present state of South African law in so far as those tendencies relate to the principles set out above.

2 1 The tough power-substratum of South African security legislation

The empirical data that set the scene for the problem now under consideration may be summarised in a few sentences: The plural composition of the South African nation has presented our country with social, economic and political problems of immense magnitude and intricate complexity; external pressure animated by almost the entire international community of states to change the course elected by the South African government for solving those problems has progressed to a stage of an obligatory arms boycott and of threats of imminent economic action and even military intervention; internal opposition to the government's policy has from time to time been evidenced by instances of seditious propaganda, general unrest, and even acts of violence, sabotage and terrorism; and contemporary methods of subversion employed by insurgents are quite novel, cunning and relentless. The South African government has, in a word, a serious internal security problem to face, and has consequently resorted to exceptionally strict safety measures which denote a definite tendency towards a strong power-based control of libertarian values such as free speech, political opinion, public gatherings and the dissemination of information through mass media.

Arbitrary powers conferred upon the executive branch of government has become a prominent characteristic of the South African security laws, and one which in itself illustrates the radical nature and extensive scope of the impact of those laws. Executive powers are by definition arbitrary if the competencies in question are not subject to any legal restrictions or judicial control; that is, when the powers are such that the appropriate executive authorities are entirely at large to exercise their administrative discretions according to the dictates of their own subjective whims and fancies.

A few examples, selected at random, will suffice to illustrate the point:

In terms of the Internal Security Act 44 of 1950 the state president is competent to declare an organization to be unlawful,[22] and also to prohibit the printing, publication and dissemination of a periodical or other publication,[23] if he is satisfied, inter alia, that the organization or periodical or other publication in question upholds alliances or entertains sympathies with communism in a variety of ways specified in the act. Section 1 of the act contains a lengthy and somewhat intricate definition of "communism" which is supposed to serve as criterion for the state president's decision in the

---

[22] s 2(2).
[23] s 6.

present regard. But that definition happens to be entirely superfluous, for the simple reason that (leaving aside the very limited scope of a right of review[24]) there are no procedures available to contest the merits of the state president's decision. An organization or publication is communistic if the state president believes it to be such, or simply if he states that he believes it to be such, and that's that. Since neither his belief nor the criterion he may have employed to reach a decision can be challenged in any way, the state president is virtually free to ban organizations and publications at will.

Even more startling are the powers entrusted to the police and the minister of justice in terms of section 6 of the Terrorism Act 83 of 1967: a police officer with the rank of at least lieutenant-colonel may order the detention for an indefinite period of a person whom the police officer believes to be a terrorist or to be withholding information relating to terrorism or to other offences created by the act. The detention of a person under the Terrorism Act must according to the act be supervised by the minister of justice, who is the only person entrusted with authority to order the release of a detainee. Section 6(5) of the act expressly removed the jurisdiction of courts of law to "pronounce upon the validity of any action taken under this section or (to) order the release of any detainee." Not even a right of review remains; and although in the case of *Nxasana v Minister of Justice* (1976 3 SA 745 (D)) it was decided that section 6 did not authorise the manhandling of a detainee or the use of third degree methods to interrogate him, the methods left open by the act for bringing such irregularities to the notice of the courts are in reality of very little, if any, practical avail.[25] The minister of justice is therefore, if not de jure then at least de facto, empowered without restraint to permit the continued detention, and to condone the ill-treatment, of a detainee. Reduced to its ultimate extreme this means that he may theoretically do so for no reason at all, or simply because he may happen to have ingrown toe-nails.

Somewhat more subtle are the provisions relating to preventive detention contained in the Internal Security Act 44 of 1950. By virtue of section 10(1)(a)bis of that act, the minister of justice may order the detention without trial of any person whom he believes to be engaged in activities which endanger, or which are calculated to endanger, the security of the state or the maintenance of public order; and although the act makes provision for periodic investigations into the actions taken by the minister in terms of that section by a review committee presided over by a judge or a magistrate or

---

[24]In *SA Defence & Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31 (C) 35 it was stated that the competency of a court to set aside an administrative decision on review was restricted to cases "where it is shown that the repository of the power, in deciding that the prerequisite fact or state of affairs existed, acted *mala fide* or from ulterior motive or failed to apply his mind to the matter" (per Corbett J).

[25]An applicant requesting a court to order that information regarding the well-being of a detainee must be obtained and placed before the court, is required to produce clear evidence that the detainee is probably (or presumably?) being ill-treated; and since the act effectively excludes all contact between the detainee and the outside world, such evidence will be extremely difficult to come by. See in general Van der Vyver "Artikel 6 van die Wet op Terrorisme" 1977 *South African Journal of Criminal Law and Criminology* 171.

a former judge or magistrate,[26] the legislature hastened to relieve the minister of the obligation of giving effect to recommendations of the review committees[27] and to exclude the jurisdiction of courts of law "to pronounce upon the functions or recommendations of the review committee."[28] If the review committee recommends the release of a detainee and the minister refuses to give effect to that recommendation, the minister is simply required to mention the name of the detainee and the fact that he has rejected such a recommendation to both houses of parliament. So, after all has been said and done, the minister is once again entrusted with completely arbitrary powers.

The power of the executive to exercise arbitrary discretions in security matters has been supplemented by many other incidental injustices.

For instance: The banning of an organization or publication in terms of the Internal Security Act must be preceded by a fact-finding report, compiled by a committee of three persons appointed by the minister of justice and of whom one must be a magistrate with a rank not lower than that of senior magistrate. The fact-finding committee executes its investigation in total secrecy, taking special care that persons with an interest in the organization or publication under suspicion will not learn of its enquiry and without giving such persons an opportunity to state their case. Under such circumstances the report upon which the entire livelihood of the organization or publication may depend, can at the most be but half-baked.

People being detained under preventive detention laws, such as section 6 of the Terrorism Act, are held in custody in total isolation from the outside world, without any recourse to legal representation or spiritual comfort, without the right to be heard in their own defence, without protection against self-incrimination, and without the prospect of being brought to trial before a court of justice. They are, in fact, hardly better off than the monstrum of Roman law or the vagabundus of Germanic law: that is, *the law* no longer provides them with meaningful protection, but instead their well-being is left in the hands of fallible human beings with the minister of justice as dominus.

It may be emphasised in passing that arbitrary powers are contrary to the most fundamental assumptions of the rule of law,[29] requiring – as it does – that both the subordinates and the government of the state should be subject to the law and, consequently, that executive discretions ought to be exercised within definite and clearly defined limitations decreed by law. Arbitrary powers also invite anarchy on the part of the depositories of such powers. One may in this regard again be reminded of the warning sounded by lord Acton (1834–1902) when he said:

> "Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely."[30]

---

[26]s 10 sex.
[27]s 10 sex (6).
[28]s 10 sex (11).
[29]As to the rule of law in general, see Van der Vyver *Seven Lectures on Human Rights* 106f.
[30]in a letter to Mendell Creighton, dated 5 April 1887, published in *John Emerich Edward*

2 2 The tendency towards state-absolutism

The second principle outlined above (par 1 2) proposes to confine state activities to an area of competencies designated by the structural destiny of the body politic. As such it also serves as a fundamental criterion for the identification of instances of political totalitarianism.

I have often in the past related the principle now under consideration, as embodied in the Calvinistic theory of sphere sovereignty, to the problem of state intervention in the area of religion.[31] If one assumes that state actions ought always to remain confined to matters that fall strictly within the sovereign sphere of competencies designated by the particular destiny of the body politic, it becomes quite obvious that, for instance, many of the South African Sunday Observance laws, the latest addition of which is contained in the Exhibition of Films on Sundays and Public Holidays Act 16 of 1977, constitute unwarranted state encroachments into the sovereign sphere of the churches, and as such they exemplify a marked tendency towards totalitarianism.

There are, of course, many other examples pointing towards South Africa's apparent appetite for excessive statutory control of matters that ought not to be the concern of the state. I shall refer to only a few such examples.

Academic freedom, that is the sovereign sphere of institutions for higher education, is being unduly infringed in South Africa by a variety of state-imposed restrictions, such as those requiring a university who wishes to enrol students of a given class, to obtain ministerial permission to do so, even though such prospective students may happen to be South African citizens and have acquired the academic qualifications for university admission.[32] Similarly a university professor is by law required to obtain governmental approval before he is permitted to bring his students into contact with certain other South African students in a formal academic conference.[33]

In South Africa the government even dictates to sports clubs whom they may admit as members, and also controls sports meetings in view of the racial classification of the proposed participants, who may again all be citizens of South Africa.[34] The mere fact that the ruling party in South Africa has a sports policy indicates to what extent the government has already deviated from the actual political destiny of a state.

Dalbert-Acton: Essays on Freedom and Power (selected and edited by Gertrude Himmelfarb) (1949) Boston & Glencoe 364.

[31]See, for instance, "The Function of Legislation as an Instrument for Social Reform" 1976 *SALJ* 66; *Seven Lectures on Human Rights* 35 f; "The State, the Individual and Society" 1977 *SALJ* 291.

[32]Cf s 13(5) and 31 of the Extension of University Education Act 45 of 1959; and cf also s 14, 17 and 32 of the same act.

[33]A permit for the use of buildings, land or premises for, inter alia, multi-racial academic conferences must be obtained by the organisers of such conferences and may be granted by the appropriate minister in terms of s 21(1)(ii) of the Group Areas Act 36 of 1966.

[34]This is again done by virtue of the Group Areas Act 36 of 1966 which, inter alia, authorises the government to reserve buildings, land and premises for the use of

In the area of family life, mention can be made of the law prohibiting marriages across the colour bar.[35] I know of no other country in the world where the state has taken it upon itself to proscribe matrimony on other grounds than minority, mental capacity and affinity.

By virtue of the Group Areas Act 36 of 1966 the government has reserved to itself the right to designate the area or township in which inhabitants of the country, including citizens of the state, are permitted to live, and in the execution of this competency it has in some instances practically compelled even highly sophisticated members of the community to reside in almost slum conditions.

The right of a person to offer his services in the labour market is regulated in South Africa by a vast number of laws. Perhaps the most striking instance of excessive state control of labour relations is to be found in the remains of the statutory enactment which authorised the executive to reserve jobs of a particular kind and within specified areas for members of a specific racial group,[36] and which in effect conferred upon the government the power to prevent a person from doing the work for which he was trained.

In South Africa the government even regards it to be a function of the state to protect the cultural heritage and to preserve the racial identity of its peoples.

Examples such as these have in the past brought me to the conclusion that ". . . in the non-economic sphere state control in South Africa of the private enclave of an individual's day-to-day life exceeds that of any communistic country I know of."[37]

2 3 The institutionalization of injustices

The principle of distributive justice requires the equal treatment in the geometrical sense of all persons within the area of jurisdiction of a particular state by and before the law. This means that the rights and duties conferred upon persons must make allowance for those personal qualities that are truly relevant to the subject matter concerned. As such distributive justice does not exclude the desirability of all classifications of persons for purposes of the law as long as the criterion for such classifications and the purposes for which they are to be utilised have a reasonable foundation.

The general principle underlying the idea of distributive justice may be illustrated with reference to the South African common law rule whereby the competency to marry is based on the age of puberty and the age of puberty has been fixed as being 12 years in the case of girls and 14 years in

---

persons belonging to a particular population group. Cf n 33 above. Cf also Proclamation R228/73 in *Government Gazette* 4037 of 1973–10–05.

[35]Prohibition of Mixed Marriages Act 55 of 1949.

[36]Cf s 77 of the Industrial Conciliation Act 28 of 1956. This provision has been repealed by s 17 of the Industrial Conciliation Amendment Act 94 of 1979, but existing instances of job reservation remained in force until expressly cancelled by the responsible minister.

[37]"The Function of Legislation as an Instrument for Social Reform" 1976 *SALJ* 66.

the case of boys. This differentiation between, for instance, a 13 year old girl and a 13 year old boy (she can under certain conditions marry, but he can not) is based upon the physiological fact that a girl normally acquires sexual maturity at approximately the age of 12 and more or less two years sooner than boys; and on account of the biological foundation of the rule under consideration, coupled with the fact that sexual maturity is a relevant factor as far as matrimony is concerned, the said differentiation is not unjust. But the common law rule in terms of which the competency to make a will was also made dependent upon puberty[38] was unjustified, because sexual maturity is quite irrelevant when it comes to one's ability to decide what is to become of one's assets after one's death.

South African law differentiates between groups of persons on the basis of a variety of facts, such as domicile, nationality, age, race, sex, religion, political opinion, mental capacity, prodigality, criminality, legitimacy, adoptive status et cetera. Not all such differentiations are, of course, morally reprehensible, but those that do lack a reasonable foundation must be stigmatized as instances of injustice. According to contemporary Western standards of reasonableness most of the legal differentiations based upon sex and race have come to be regarded as manifestations of injustice; and one must admit with regret that South African law has in fact been blemished by many provisions sanctioning unjust discrimination based upon those very factors. I shall mention only a single example relating to sex and racial discrimination.

Gender-based discrimination appears from statutory enactments such as section 11(1) of the Mines and Works Act 27 of 1956 which forbids women to work underground in any mine and which also makes it an offence for any person to cause or to permit a woman to work underground in a mine. In terms of section 11(4)(a) of the same act it is further prohibited for female employees to work, and for any person to cause or to permit female employees to work, night-shifts at a mine or mining works, if the work which they are required to perform is connected with the operation of the mine.[39]

Of the almost incalculable number of legally sanctioned differentiations based upon race, perhaps the most indisputable example of palpable discrimination is to be found in the Reservation of Separate Amenities Act 49 of 1953, which makes provision for separate facilities for different racial groups in or upon any public premises or public vehicle. In terms of section 3 of the act such separate facilities need not be equal, and persons in charge of public premises or vehicles are also authorized to provide facilities for one racial group without at all providing similar facilities for any other racial group.

---

[38]This rule was replaced by s 4 of the Wills Act 7 of 1953 in terms of which both male and female become competent to make a will at the age of 16.

[39]By virtue of s 11(4)(c) of the act the latter provision does not apply to females holding responsible positions of a managerial or technical character, or who are employed in medical, health, welfare or social services, or who, in terms of s 11(5), have been exempted by the minister of mines from the provisions of s 11(4)(a).

The institutionalization of such instances of flagrant injustice is fraught with the propensity for at least passive revolt on the part of those being discriminated against.

3 FUTURE PROSPECTS

I have pointed out so far (a) that the power-basis of South African security laws has reached a stage where they are no longer being counterbalanced by respect for the law founded upon the people's idea of justice; (b) that the government of South Africa has seized powers which in many respects exceed the compass of a state's sovereign sphere of competencies; and (c) that South African law lends legal sanctions to many instances of injustice.

It is important to note that excessive governmental powers, the tendency towards a totalitarian system and the institutionalization of injustices are closely related to one another: the legislative sanctioning of discrimination and unbridled state interference in the private lives of the people breed discontent and may induce the type of resistance that needs to be counteracted by extensive executive powers.

I am in fact afraid that South Africa has come dangerously close to the situation where government actions have lost track of the sense of justice generally entertained by a substantial portion of the South African community and where the need to honour the juridical and political institutions of the country seem no longer to be inspired by a genuine feeling of what is right. The further augmentation of those negative characteristics of our legal system outlined in this paper, may consequently lead to the total destruction of the legal order.

What, then, is to be done to prevent such a catastrophy?

The answer to this vital question is quite simple: reappraise the true functions of state authority and cut governmental competencies – so to speak – down to size; identify injustices and eliminate them progressively; and once again subject executive powers to the rule of law. One must, however, also acknowledge the complexity of our predicament and admit that the method, timing and sequence of the necessary reforms pose serious problems.

As far as our security legislation is concerned, I shall be more specific.

I, for one, have never been impressed by the sweeping supposition of politicians that arbitrary discretions are essential accessories of the prevailing state of our security situation. The necessity of such powers has never been investigated, let alone proved.

I also altogether fail to see the wisdom of banning organizations or publications thought to be a security risk for the country. There are ample laws under which action can be taken against persons who indulge in activities that may constitute a security risk, and keeping an eye on potential insurgents seem to me to be a more effective method of dealing with such threats than to drive them underground.

As far as preventive detention is concerned, I would suggest a system of judicial control of executive actions. The decision of the appropriate official to detain a person, together with the reasons for his decision and representations of the detainee stating his case, ought to be submitted to and argued before a judge in chambers, who may, as far as I am concerned, be authorised to confirm the detention of the detainee if, in view of all the relevant facts, the concerned executive official has presented him with a prima facie case only. It must also be borne in mind that legal representation is a sine qua non for any due process of law, and I would also like to endorse the commendable recommendation contained in the Koinonia Declaration that spiritual comfort, administered by a clergyman of the religious denomination to which the detainee belongs, should under no circumstances be withheld from a detainee.

Perhaps the greatest future challenge would be to restore the confidence of the people in the law as the true citadel of justice. □

Are they [the lawyers] professionals providing a service or businessmen selling goods? Do they have clients or customers? The failure to resolve to what extent they have a social obligation beyond the mechanics of doing their work efficiently may be one reason for the imperfections in the legal system.

Mitchell and Stirling in Greene, Moloney and Bates Readings in Legal Studies *81*

Aantekeninge

A FATHER AND HIS ILLEGITIMATE CHILD: TOWARDS A PERMANENT RELATIONSHIP

It is trite law that a father has few rights if any in regard to his illegitimate child. He has the duty of support which he shares with the mother in accordance with their respective means, and according to *Matthews v Haswari* (1937 WLD 110) he also has the right of reasonable access to the child.

A drastic inroad into his position as parent has, however, been made by section 71(2)(d) of the Children's Act 33 of 1960, the effect of which is that only the mother of the child need consent to the adoption of her illegitimate child. Whether or not the mother of the child is a minor or woman married subject to the marital power is irrelevant since the provision in the act specifically enables her to act in this respect without the assistance of her husband or guardian. No mention is made of the illegitimate child's natural father.

If, for some reason, the mother and the father decide that they do not wish to marry, or they are, because of some legal obstacle, unable to marry (e g blood relationship or the Mixed Marriages Act 55 of 1949 prohibits their marriage, or perhaps one parent is already married to someone else), the child's legitimation will not be possible unless it is adopted. The mother is thus placed in a position of absolute and exclusive parental power despite the fact that the father is still legally liable to contribute towards the child's support.

The position in England is more satisfactory. The father's consent is not necessary for the child's adoption (*Re M* 1955 2 QB 479), but the court must now be satisfied that the putative father has no intention of applying for a custody order, or that such an order would be refused if he did apply, before it can free the child for adoption (s 18(7) of the Adoption Act of 1976). If the father is successful in claiming custody of the child, he becomes guardian within the meaning of the definition of guardian in section 72 of the act and his consent will then be necessary in any further adoption proceedings (s 16 and 18 of the act). In Holland, contrary to the position in South Africa, it is impossible for a single person to adopt a child and it is also impossible for a married person to adopt a child or grandchild of the other spouse (s 228(b) of the Dutch Civil Code).

In view of the aforegoing, *Basetti v Louw* (1980 2 SA 225 (W)) warrants close scrutiny and comment.

The applicant and the respondent were the father and the mother of an illegitimate son. The couple had decided not to marry since they felt that a marriage would not be successful. They could have married with the intention of divorcing immediately thereafter, i e attempted a collusive divorce in order to try and legitimate the child and create parental power for the father, but the mother either did not want to lose her advantage or they chose the apparent honest avenue open to them. They concluded an agreement in terms of which the mother retained custody, and the father acknowledged his paternity of the child and agreed to pay maintenance for the child's support. He also undertook to secure his obligation (in the event of his dying before his duty to support the child came to an end) by means of an insurance policy. The agreement further provided that the child would not be removed by his mother from the Republic without the father's written consent. The mother undertook not to give up the custody or allow the child to be adopted without the prior written consent of the father. The applicant then applied to court to have the agreement made an order of court and Margo J granted the order.

Ex parte Van Dam (1973 2 SA 182 (W)) was a similar case. The court came to the aid of the father and made the parties' agreement an order of court. In terms of the latter agreement the mother transferred guardianship of her illegitimate child to the natural father. In terms of general principles a guardian cannot waive or delegate his parental rights and duties that fall within the ambit of the concept of guardianship, hence the court's sanction is necessary. Margo J, who was also the judge in *Basetti*'s case, held that although the Matrimonial Affairs Act 37 of 1953 does not include the guardianship of illegitimate children within its ambit, the court has the power at common law to deprive the mother of an illegitimate child of her guardianship and to vest it in another person. The mother in this case wished to renounce her guardianship in favour of the father, and, although guardianship cannot be renounced, Margo J held that where the transfer of guardianship will, in the special circumstances, serve the best interests of the child, it must be allowed. The mother and father had been married and divorced before the child in question had been conceived. They then lived together and it was as a result of this relationship that the child had been born. The court held that it could allow guardianship to be transferred from the mother to the natural father since it was in the best interests of the child concerned. The court was acting as upper guardian of all minors in accordance with a long line of judicial precedent, and of course there is also no contrary legislation that interferes in any way with established precedent.

The *Van Dam* case is, however, distinguishable from the *Basetti* case. In the *Van Dam* case there was no relevant legislation bearing on any matter agreed upon by the mother and the natural father, and the court as upper guardian was quite competent to make any order serving the child's interests. In the *Basetti* case, however, there was an overriding statutory provision. This brings us to the question that forms the crux of this note. Can a court make an order regulating consent to adoption despite section 71(2)(d) of the Children's Act 33 of 1960? It is submitted that the court acted outside of its powers. The effect of the court order is to amend the legislation, and it is submitted that if the mother ever consents to the child's

adoption by a third person or third persons the father's objections, even though reinforced by the order of the court, will be of no avail to him.

When it comes to the best interests of a child, our courts do not discriminate between legitimate and illegitimate children. As far as the agreement not to remove the child from the Republic without the written consent of the father is concerned, the court would act as the upper guardian of the child, and since there is no legislation to the contrary, could, if it felt that the child's interests were best served by not leaving the country, give effect to the order. It is, however, the child's interests that will move the court and not its parents' agreement that was earlier made an order of the court. Even where the parents were married and since divorced, or where there is a divorce order providing for the non-removal of the child from the Republic without the non-custodian parent's consent, the court will base its decision on the best interests of the child at the time the variation of the order is requested, and not on the content of an existing order of the court.

In *Bailey v Bailey* (1979 3 SA 128 (A)) the court had to decide whether a custody order that made detailed provision for the exercise of the right of access of the non-custodian father, ought to be varied. Barely seven months after the order granting the mother custody had been made, she applied to have the order varied. The original order provided that the children should not be permanently removed from the court's jurisdiction without the father's consent "which consent should not be unreasonably withheld." The mother decided to return to England where she was born and where her family lived. The three children were also British subjects. The father refused his consent and the court had to decide the matter. The fundamental issue between the parties was whether "good cause" for the variation order had been established. The court stated (135) that in approaching a problem of this nature it was primarily concerned with the children's welfare which was the paramount consideration as in all cases involving custody orders. The mother stated that in England she had the aid of, and benefit of living near, her extensive family. She owned fixed property in England and she and her children had interests in certain family trusts established there. Furthermore both parents had earlier decided that their children ought to have an English university education and therefore it was better that they matriculated in England. There had also been a breakdown of communication between the father and herself and their relationship was a very hostile one. As far as the wishes of the children were concerned the elder boy aged 16 years wanted to go to England, the second boy aged 14 years refused to associate himself with the dispute and the daughter was vacillating. The issue had to be decided against this background.

Of the five judges the two minority judges found that the father was devoted to his children, saw them regularly and that the children, especially the two boys, could not be denied his male guidance and companionship. They were of the opinion that the variation order ought not to be granted. The majority decision agreed with the judge a quo and the three judges who heard the first appeal that the variation order should be granted. The appellate division majority decision reflected the opinion that as long as the

children remained in South Africa, they would probably continue to be subjected to the stresses inevitably flowing from the constant friction and discord between their parents; that there need not be a complete break in the relationship with their father as he was a man of substantial means and could well afford to visit the children in England and arrange for them to visit him in this country; and that it was in their interests that the mother be in a position to provide the children with a happier and more stable home in England than she would be able to do if she remained in South Africa, a lonely and discontented person longing to return home. This case and the attitude of our highest court shows how the court looks at the interests of the children against the background of the particular facts and circumstances of the case, and one would like to think that it is hardly likely that the child will be discriminated against on the grounds of its illegitimacy. The following cases, it is felt, are indicative of this attitude of non-discrimination.

In *Rowan v Faifer* (1953 2 SA 705 (E)) the mother as natural guardian of an illegitimate minor child applied for an order calling upon the child's father, to whom she had willingly handed over the child, to hand it over to her. The court allowed the father to remain the custodian since it found that the removal of the child might endanger its health which had caused great concern, and that it was in the best interests of the child to remain where it was at that time. In *Ex parte Van Dam* (supra) there were no previous cases upon which to rely and the common law had to be followed. The common law was surveyed by way of reference to the position of legitimate children, set out in a long line of cases decided before the enactment of section 5 of the Matrimonial Affairs Act 37 of 1953. The latter act only deals with legitimate children. In accordance with the decisions referred to, the court will deprive the father of a legitimate child of his rights as natural guardian and will vest the guardianship in the mother or some other person where the interests of the child require that change. The court exercises its power as upper guardian of all minors and interferes with the father's custody on special grounds such as danger to the child's life, health or morals (see *Calitz v Calitz* 1939 AD 56). When it comes to an illegitimate child, authority on the corresponding position is not easy to find, but as pointed out in the *Van Dam* case, the court as upper guardian of all minors, might find, in a proper case, that the father is best equipped to have custody of the child. In *Rowan*'s case the judge referred to the power of the court, in the absence of a decree of divorce, to deprive the natural guardian of the custody of legitimate children where there are special grounds for doing so, and then went on to say that there appeared to be no reason why the court should not act similarly in the case of illegitimate children. In *Van Dam*'s case the judge was of the view that the same reasoning applied to guardianship. Since the court has the power, in a proper case, to deprive the natural guardian of a legitimate child of his guardianship and to vest it in another, there appears to be no reason why the court should not act similarly in the case of an illegitimate child. In *Van Dam*'s case the mother wished to renounce and surrender her guardianship on the ground that it would be in the child's best interests that the father be the guardian. Although it is plainly not competent for a guardian to renounce guardianship in favour of another person at will, guardianship

being a duty much more than a right, the judge found that there were special circumstances that satisfied him that it would be in the best interests of the child that the father (who was de facto guardian until that time) continue to occupy a position of parental authority. No mention was made of the mother's exclusive right to consent to the child's adoption, and the application was successful.

If the answer to the question posed above (ie can the agreement made an order of court override s 71(2)(d)?) is "no," the act ought to be amended to cater for those instances where the parents and the court, or the court alone is of the opinion that it is in the interests of an illegitimate child that parental power or any of its facets be transferred to, or shared by the natural father. Perhaps a proviso ought to be added to section 71(2)(d) that gives the father, in certain circumstances, the right to oppose a pending adoption. The fact of the child's illegitimacy ought to be an additional factor to be taken into account when the court investigates the background in order to ascertain what is in the child's best interests. Other important circumstances that cannot be ignored are whether the father has established a relationship with the child; whether the mother and father are living together in a de facto marriage; whether the mother or father wishes to marry the other; whether the father sincerely wants to have a relationship with his child, et cetera. Legislation to this effect ought to include the natural father within its scope, as well as the de facto father (in other words the marriage should indicate the father). This would have alleviated the horrific position the "father" found himself in, in *V v R* (infra) or in a *Casali* (infra) type of situation.

In *V v R* (1979 3 SA 1006 (T)) the husband being sterile, the wife had, with his consent, been artificially inseminated with the seed of an unknown donor. A boy was born and the husband treated him as if he was his natural child. In 1974, when the boy was three years old, the marriage was dissolved by divorce. In terms of the settlement agreement the mother acquired the custody of the child and the ex-husband undertook to contribute towards the child's support. The mother remarried and her second husband attempted to adopt the child: in other words as a married couple they sought to adopt her child. The first husband refused to consent to the adoption. The mother then successfully applied to the supreme court for an order stating that her first husband was not the child's natural or legitimate father and it was therefore unnecessary to require his consent to the adoption.

The law would be the same in regard to a child conceived by delayed fertilization if the natural father's seed is taken during his marriage to the child's mother and stored only to be utilized by means of artificial insemination after the marriage has been ended by the father's death or by divorce. The case of Kim Casali, the creator of "love is . . .," has recently exposed this problem. In terms of our law her child born seventeen months after the father's death is illegitimate since the parents were not married at the correct point in time.

In *Basetti*'s case (supra), although the court order states that the mother will not give up the custody of the child or allow the child to be adopted, there was no transfer of guardianship from the mother to the father. In

terms of the Children's Act of 1960 his consent could therefore not even be sought on the basis of any such guardianship, and his consent would not be necessary for the adoption of the child. Reverting to the *Van Dam* case where the court transferred the guardianship to the father, the effect of the order is the same as it would have been if the child had been adopted, which means that he shares the parental power with the mother by virtue of the court order. However, the act provides that only the mother's consent is necessary for the adoption of the child if it is illegitimate (unless she deserted the child: see s 72 and 73 of the act) and the court order does not change this fact. The only manner in which the child can be legitimated is by the marriage of its parents or by adoption which must take place in accordance with the provisions of the act. An example that supports this contention is to be found in the law of intestate succession: the Van Dam child would not be in the same position as his legitimate brother nor would he be in the same position as an adopted child.

An investigation into the position of the illegitimate child and its father with a view to improving the law so that a healthy and permanent relationship may be established between them has become imminently necessary.

CARMEN NATHAN
University of the Witwatersrand

FEITELIKE INSOLVENSIE EN HANDELSINSOLVENSIE

Die terme "feitelike insolvensie" en "handelsinsolvensie" word nie in die Insolvensiewet 24 van 1936 gebruik nie. Die woord "insolvensie" word wel gebruik maar word nie gedefinieer nie. Die wetgewer noem sekere handelinge "dade van insolvensie" (a 8) en definieer "insolvent" (indien gebruik as 'n naamwoord) en "insolvente boedel" (a 2), sonder om egter 'n aanduiding te gee van wanneer 'n persoon insolvent is. Nietemin word die oorskot van laste bo bates die toets gemaak in die geval van sekere vernietigbare regshandelinge.

Die doel van hierdie ondersoek is om te bepaal of ons howe, nieteenstaande die feit dat die terme "feitelike insolvensie" en "handelsinsolvensie" nie deur die wetgewer gebruik word nie, wel hierdie onderskeid erken en handhaaf. Die woord insolvensie is afkomstig van "insolutus" (afgelei van die grondwoord "solvere") en beteken letterlik onvermoë om te betaal. Volgens ons regspraak beteken insolvensie vandag nie noodwendig dat 'n skuldenaar nie in staat is om sy skulde te betaal nie, maar dat sy laste sy bates oorskry (vgl bv *Goldblatt's Wholesale (Pty) Ltd v Damalis* 1953 3 SA 730 (O) 734; *MacKay v Cabi* 1962 4 SA 193 (O) 196 per r Hofmeyr: "The factum probandum is the cold objective fact that the applicant's liabilities exceed his assets"). Waar 'n persoon se laste sy bates oorskry is hy feitelik insolvent. Feitelike insolvensie is egter nie so maklik bepaalbaar as wat met die eerste oogopslag wil voorkom nie:

> "In the first instance, assets and liabilities are not just figures. They must be determined by a valuation, which may or may not be correct, particularly where they consist of items the value of which is highly conjectural" (Spiro 1965 *SALJ* 471).

Dit spreek vanself dat die howe in die meeste gevalle op waardasies, wat uiteraard dikwels van die markprys sal verskil, sal moet staatmaak. Om te bepaal of 'n persoon de facto insolvent is, moet die hof die billike waardasie van die skuldenaar se laste vergelyk met die billike waardasie van sy bates (*De Villiers v Bateman* 1946 TPD 126 130). As die waarde van die laste die waarde van die bates oorskry, is die skuldenaar insolvent (*Ohlsson's Cape Breweries Ltd v Totten* 1911 TPD 48). Skuld wat alreeds bestaan maar eers later opeisbaar is, vorm deel van 'n skuldenaar se laste maar nie voorwaardelike laste nie (*De Villiers*-beslissing supra). Waar 'n skuldenaar se bates sy laste oorskry, maar hy as gevolg van likiditeitsprobleme of andersins nie sy verpligtinge kan nakom nie, is hy handelsinsolvent (vgl die argumentasie in *Ex parte Fouche* 1956 2 SA 116 (O)). Die feit dat 'n persoon feitelik insolvent is of dat hy handelsinsolvent is, beteken egter nog geensins dat hy in die oë van die reg insolvent is nie. Regtens is 'n persoon slegs insolvent indien sy boedel deur 'n hofbevel gesekwestreer is. Daar sal vervolgens gelet word op die benadering van ons howe ten opsigte van feitelike insolvensie en handelsinsolvensie by onderskeidelik vrywillige boedeloorgawe en verpligte sekwestrasie.

VRYWILLIGE BOEDELOORGAWE

Voordat die hof 'n aansoek om vrywillige boedeloorgawe mag toestaan, moet vier facta probanda bewys word (a 6(1)), onder andere "dat die boedel van die betrokke skuldenaar insolvent is." Volgens ons regspraak vereis die wetgewer hier feitelike insolvensie (*Ex parte Smith* 1933 EDL 205; *Ex parte Samuels* 1940 CPD 598; *Ex parte Van den Berg* 1962 4 SA 402 (O)) en sal 'n aansoek slegs toegestaan word indien die applikant inderdaad insolvent is. Dit is onvoldoende om aan te voer dat voldoende kontantgeld of likiede bates ontbreek om sy verpligtinge na te kom (*Ex parte Stephney* 1905 TS 27; *Ex parte Vorster* 1922 CPD 196). Van handelsinsolvensie kan hier dus nie sprake wees nie.

In *Ex parte Fouche* (supra 117) word egter bevind dat

> "[a]lhoewel applikant se skedule 'n oorskot toon, is dit duidelik in belang van die krediteure dat sy boedel gesekwestreer moet word. Die waarde van die bates is deur applikant beraam en as hierdie bates in eksekusie verkoop moet word sal dit moontlik nie die bedrag waarteen dit beraam is behaal nie."

Die korrektheid van hierdie uitspraak is twyfelagtig. Die onus om die hof te oortuig dat hy feitelik insolvent is, rus op die applikant. In *Ex parte Katz* (1933 EDL 224) het die applikant se stukke voor die hof 'n surplus getoon, maar volgens 'n beëdigde verklaring deur sy prokureur sou dit 'n tekort toon indien 'n onafhanklike waardasie daarvan gemaak sou word. Die hof bevind dat boedeloorgawe nie beveel kan word tot tyd en wyl so 'n waardasie 'n tekort aantoon nie, en stel gevolglik die aansoek uit (sien ook *Ex parte Hay Automobile Company* 1931 GWLD 23 mbt 'n stawende geswore waardasie). Indien die hof nie uit die stukke voor hom kan aflei dat die applikant inderdaad insolvent is nie, behoort die aansoek afgewys of minstens uitgestel te word. Die hof is nie geregtig om te bevind dat, alhoewel die bates die laste oorskry, dit "moontlik nie die bedrag waarteen dit beraam is (sal) behaal nie" en om dan feitelike insolvensie te veronderstel nie. Die moont-

likheid dat die uiteindelike markpryse laer kan wees as die beraamde prys of waarde is immers in alle gevalle aanwesig. Verder, selfs al sou die hof oortuig wees dat sekwestrasie tot voordeel van die skuldeisers sou wees, moet feitelike insolvensie nog altyd bewys word aangesien laasgenoemde feit nie noodwendig die geval is nie.

Ex parte Deemter (1962 2 SA 228 (OK)) is ook 'n klaarblyklike geval van handelsinsolvensie. Volgens die stukke voor die hof het die applikant se bates sy laste met 'n aansienlike bedrag oorskry, maar "these may differ very materially from the true current values." Waar daar so 'n moontlikheid bestaan, aldus die hof, behoort daar 'n onafhanklike waardasie ter stawing van die petisie voorgelê te word. (In dié geval was daar geen stawende getuienis nie.) Die hof bevind verder:

> "The provision in sec 6 of Act 24 of 1936 that the Court must be satisfied that the estate of the debtor is insolvent cannot be lost sight of. If the schedules of assets and liabilities do not show this prima facie, then the Court must be satisfied by some other evidence or inference which may reasonably be drawn. This appears to be the ratio decidendi in *Ex parte Fouche* 1956 2 SA 116 (O).
>
> It is clear that the petitioner is being sued by several of his creditors. He has been unable to realise his major assets at an economic value and he has no other source of income. Under the circumstances I am satisfied his estate is insolvent and that it would be to the advantage of creditors if the surrender be accepted."

Hierdie beslissing is myns insiens ook onaanvaarbaar. In die eerste plek steun die hof op *Ex parte Fouche* waar 'n afleiding gemaak is wat nie geregverdig is nie omdat daar geen "other evidence" voor die hof was nie. Die hof (in *Ex parte Deemter*) stel heeltemal tereg voor dat stawende getuienis van feitelike insolvensie aangevoer moet word indien dit nie uit die dokumente voor die hof blyk nie, maar bevind nogtans dat die applikant insolvent is alhoewel die state 'n oorskot aantoon en geen stawende getuienis gelewer is nie. Daar moet ook onthou word dat 'n applikant ingevolge artikel 6 nie die hof moet oortuig dat hy prima facie insolvent is nie, maar dat hy insolvent is. (Die woorde "prima facie" word slegs by voorlopige verpligte sekwestrasie (a 10) gebruik om 'n minder streng bewyslas aan die applikant op te lê.) Uit die aard van die saak is dit nie onbillik van die wetgewer om by vrywillige boedeloorgawe te verwag dat 'n applikant nie net die hof moet oortuig dat hy prima facie insolvent is nie – hy is immers eienaar, hy weet presies, of behoort immers te weet wat sy bates en laste is. Indien hy wil seker maak dat een van die facta probanda, naamlik feitelike insolvensie, wel bewys word, moet hy stawende getuienis aanvoer. Die voorskrif van artikel 6(1) is ook nie bloot aanwysend nie, maar inderdaad gebiedend (*Ex parte Crause* 1975 2 SA 370 (O)).

In *Ex parte Berman* (1972 3 SA 128 (R)) word bevind dat die bedrag van die applikant se bates en laste in dispuut is.

> "In my view, while it may transpire that his assets exceed his liabilities, . . . the application should not be refused for this reason."

Die hof verwys dan instemmend na *Ex parte Deemter* (supra), staar hom blind teen die onbenydenswaardige posisie waarin die applikant verkeer en bevind dan dat "I am satisfied that this estate is insolvent." Ook hierdie werkswyse lyk, weens die redes hierbo aangevoer, onsuiwer.

VERPLIGTE SEKWESTRASIE

In sy aansoek moet die applikant onder andere beweer dat die skuldenaar 'n daad van insolvensie begaan het of insolvent is (a 9(3)). Die hof kan 'n skuldenaar se boedel voorlopig sekwestreer indien hy van mening is dat hy prima facie 'n daad van insolvensie begaan het of insolvent is (a 10). Vir 'n finale bevel word bogenoemde ook onder andere vereis, maar die woorde "prima facie" word weggelaat (a 12(1)). Sterker bewys van insolvensie word dus vereis vir die verlening van die finale bevel as vir die voorlopige een (*Schneider v Raikin* 1954 4 SA 449 (W); *Provincial Building Society of South Africa v Du Bois* 1966 3 SA 76 (W)).

Waar daar op feitelike insolvensie gesteun word, vereis ons regspraak oortuigende bewys van insolvensie. So word in die *Ohlsson's Cape Breweries*-beslissing (supra 50) verklaar:

> "When an applicant comes into Court to show that the respondent's estate is insolvent, there must be no doubt about the facts. The courts must not be left to conjecture. The applicant must not merely come into court and say, 'I have shown that the respondent's assets and liabilities balance one another so nearly that I am entitled to say that the respondent is insolvent because he fails to pay me money which he owes me'. That procedure we do not know. The only procedure this Court knows is where the applicant shows clearly that the respondent's liabilities exceed his assets."

(Sien ook *Bhyat v Khurishi* 1929 TPD 896; *Union Government v Milne* 1948 3 SA 1153 (T); *Corner Shop (Pty) Ltd v Moodley* 1950 4 SA 55 (T); *Goldblatts Wholesale (Pty) Ltd v Damalis* 1953 3 SA 730 (O); *MacKay v Cahi* 1962 4 SA 193 (O); *Meyer & Kie v Maree* 1967 3 SA 27 (T); *Prudential Shippers SA Ltd v Tempest Clothing Co (Pty) Ltd* 1976 2 SA 856 (W) 869.) Volledigheidshalwe moet egter daarop gewys word dat, alhoewel bogemelde beslissings oortuigende bewys vereis, die feit in siviele sake op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys moet word (sien *West Rand Estates Ltd v New Zealand Insurance Co Ltd* 1925 AD 245; *Gates v Gates* 1939 AD 150; *Van Lutterveld v Engels* 1959 2 SA 699 (A)).

'n Applikant wat nie in staat is om feitelike insolvensie te bewys nie, kan egter op een of meer van die dade van insolvensie in die wet (a 8) steun. Al wat in so 'n geval vereis word, is bewys van die daad van insolvensie. Vir sover dit die bewyslas van die applikant ten opsigte van die daad van insolvensie betref, is feitelike insolvensie dus nie ter sake nie. Waar hy slegs op 'n daad van insolvensie steun, sonder om die betrokke daad te bewys, is hy nie geregtig om de facto insolvensie te bewys nie (*Bishop v Baker* 1962 2 SA 679 (D)).

Waar daar aansoek gedoen word vir die sekwestrasie van 'n persoon se boedel op grond van 'n daad van insolvensie is dit moontlik dat 'n persoon slegs handelsinsolvent is; dat die skuldenaar se bates sy laste in werklikheid oorskry maar dat hy weens likiditeitsprobleme nie sy skuld kan betaal nie. Hy gee byvoorbeeld as gevolg daarvan aan een van sy skuldeisers skriftelik kennis dat hy nie in staat is om die een of ander van sy skulde te betaal nie. Dit is 'n daad van insolvensie ingevolge die wet (a 8(g)). Waar 'n applikant slegs op dié daad steun, is die skuldenaar se handelsinsolvensie, wat die aanleidende oorsaak vir die betrokke daad is, vir sover dit die applikant se bewyslas

betref, irrelevant. Hy moet slegs die daad van insolvensie bewys. Vir sover die skuldenaar se daad van insolvensie egter op handelsinsolvensie gebaseer is, het die wetgewer hierdie vorm van insolvensie erken (vgl Van Jaarsveld ea *Suid-Afrikaanse Handelsreg* (1978) 814).

Feitelike insolvensie of solvensie (en laasgenoemde sluit ook handelsinsolvensie in) kom slegs ter sprake wanneer die statutêre diskresie van die hof (a 10, 12(1)) aan die orde kom. So word in *Realizations Ltd v Ager* (1961 4 SA 10 (D) 11) verklaar:

> "There was considerable argument in this matter addressed to the question as to whether in fact the respondent is insolvent. Of course, that is not a material consideration in considering an application for sequestration based upon an act of insolvency except upon the final approach, that is as to whether the Court should exercise the discretion it has not to grant an order even though an applicant for sequestration has established both an act of insolvency and an advantage to creditors."

Waar die applikant op 'n daad van insolvensie steun en hy dit inderdaad bewys, kan dit die insolvent baat, by die uitoefening deur die hof van sy diskresie, om te bewys dat hy inderdaad tog solvent is (sien bv *Kent v Bevern & Co* 1907 TS 395; *Cohen & Sons v De Beer* 1924 WLD 29), mits hy oortuigende bewys daarvan kan lewer (*De Waard*-beslissing supra; *Langston v Lambert* 1948 4 SA 392 (W)). Ondanks die feit dat hy solvent is, rus dit tog in die diskresie van die hof om sy boedel te sekwestreer (*Port Shepstone Fresh Meat and Fish Co v Schultz* 1940 NPD 163; *De Beer v Isaacson* 1929 AD 345; *Benade v Boedel Alexander* 1967 1 SA 648 (O)). Die feit dat 'n persoon wat 'n daad van insolvensie begaan het, kan aantoon dat hy wel solvent is, is op sigself nie noodwendig genoeg om 'n hof te beweeg om sy diskresie in sy guns uit te oefen nie. In *Chenille Industries v Vorster* (1953 2 SA 691 (O) 700) word byvoorbeeld verklaar:

> "A debtor (who has committed an act of insolvency) must establish not only that he is solvent but also 'that the creditor ought not to sequestrate but should be compelled to execute against his assets' (*Brakpan Municipality v Chalmers* 1922 WLD 98), and it is in regard to the latter requirement that special considerations come into play."

GEVOLGTREKKING

Alhoewel nòg feitelike insolvensie nòg handelsinsolvensie in uitdruklike bewoording in die wet gebruik word, word die onderskeid nogtans deur die wetgewer erken en is dit ook deur ons regspraak bevestig. 'n Ondersoek na die regsreëls van toepassing op vrywillige boedeloorgawe toon aan dat handelsinsolvensie geen rol behoort te speel nie aangesien die wetgewer feitelike insolvensie as een van die facta probanda vereis. Hierdie opvatting word ook meesal deur ons regspraak bevestig. Ongelukkig het ons howe al in die verlede, by die oorweging of sekwestrasie tot voordeel van skuldeisers sal strek, ag geslaan op die skuldenaar se handelsinsolvensie en die benarde posisie waarin hy verkeer en dan sonder meer gaan aanvaar dat hy wel feitelik insolvent is. Hierdie werkwyse is onsuiwer en span die kar voor die perde. Eers wanneer de facto insolvensie bewys is, behoort die element van "voordeel van skuldeisers" ter sprake te kom.

Daar word ter oorweging gegee dat ons howe sorg moet dra dat die

gebiedende bepalings van artikel 6(1) streng nagekom word. Daar moet immers in gedagte gehou word dat "the machinery of voluntary surrender was primarily designed for the benefit of creditors, and not for the relief of harassed debtors" (*Ex parte Pillay* 1955 2 SA 309 (N) 311). Die onus om feitelike insolvensie te bewys, rus op die skuldenaar-applikant. Indien hy nie daarin slaag nie, behoort die aansoek afgewys te word, in welke geval die skuldeisers hul normale eksekusiemiddels kan gebruik, of desnoods self die skuldenaar se boedel kan laat sekwestreer. Alhoewel die hof by bewys van al vier die statutêre facta probanda 'n diskresie het om die aansoek te weier (sien a 6(1): ". . . kan die hof die oorgawe van die skuldenaar se boedel aanneem;" *Ex parte Hayes* 1970 4 SA 94(NK)), beteken dit nie dat die aansoek toegestaan mag word waar al die vereistes nie bewys is nie. Dit is in stryd met die wet en kan nooit deel van die statutêre diskresie van die hof vorm nie. Feitelike insolvensie en handelsinsolvensie behoort ook geen rol te speel in die uitoefening deur die hof van sy diskresie nie.

By die verpligte sekwestrasie kan beide vorms van insolvensie ter sprake kom, afhangend daarvan of die applikant op feitelike insolvensie of 'n daad van insolvensie (indien laasgenoemde die gevolg van handelsinsolvensie is) steun. Feitelike solvensie kan aktueel wees waar die applikant steun op 'n daad van insolvensie wat tesame met die ander facta probanda bewys is en die statutêre diskresie van die hof dan ter sprake kom. (Dit is egter nie die enigste faktor wat die hof sal noop om sy diskresie ten gunste van die skuldenaar uit te oefen nie.) Die bewyslas ten aansien van die feitelike insolvensie sal egter verskil na gelang die applikant op feitelike insolvensie of 'n daad van insolvensie steun.

JSA FOURIE
Universiteit van Stellenbosch

THE OPTION SCHEME AND ESTATE PLANNING

Although estate duty accounts for a relatively small percentage of taxation collected by the revenue department, the fact that the maximum estate duty rates are as high as 35% of the dutiable estate can result in a considerable diminution in the estate assets available for distribution to the beneficiaries.

One of the major objectives of estate planning is to ensure that the beneficiaries' advantages from the deceased's estate are maximised and thus any estate planning tool which can serve to peg the value of the estate for estate duty purposes, is worthy of consideration.

Recently, a method of pegging the estate for estate duty purposes has been developed by using the option contract. For example, a wealthy farmer with a farm the value of which has been growing rapidly, grants an option to his son to purchase the farm at the Land Bank value thereof. The terms of the option are such that the option is exercisable within a three month period after the estate holder's death. Thus it is argued that the estate will be liable for estate duty on the price of the option when granted and not on the fair market (or Land Bank) value of the farm as at the death of the farmer.

The advantages of such a scheme would appear then to be as follows:

1 It is a method which can be utilised to peg the growth of the estate for estate duty purposes.

2 It is a simple plan which avoids the complexities of trusts or family investment companies as well as the costs inherent in the formation of such companies or trusts.

3 It enables the estate holder to maintain full control of the property until his death.

4 The estate holder grants the option in such a manner so as to ensure that the beneficiaries of his property obtain the maximum advantage from his estate.

The question which needs to be posed, is whether there is a viable basis for such a scheme in our law.

According to section 4(b) of the Estate Duty Act, all debts due by the deceased to persons ordinarily resident within the Republic, which it is proved to the satisfaction of the secretary of inland revenue have been discharged from property included in the estate, are to be included as a deduction from the total value of all dutiable property for estate duty purposes. If the deceased died prior to the option being exercised by the option holder, the property to which an option was attached clearly forms part of the property of the estate and the estate would be liable for estate duty thereon (s 2(1)). Assuming, however, that section 4(b) applies, ie the option is construed as being a debt due by the deceased which may be deducted for estate duty purposes, then the value of the property at death, which would otherwise form part of the deceased's dutiable estate, will be off-set for estate duty purposes by a deduction which will obviously also amount to the value of such property. As such, estate duty will only be paid on the purchase price of the property, or the estate's right thereto if this is not paid at the date of the estate holder's death. Thus it is argued that the scheme is a viable one which can achieve the advantages set out above and particularly the objective of pegging the growth of assets which are made subject to an option.

The case of *Myer v CIR* (1956 4 SA 342 (T)) would seem to support this view. A husband had donated a number of immovable properties to his wife during the course of their marriage. Donations between spouses are of course voidable at the instance of the donor. After the death of his wife the husband executed a notarial deed of revocation of the donation. It was contended by the husband that although the property formed part of the dutiable estate of his wife (s 2(1) of the Estate Duty Act), the revocation of the donations resulted in the properties being set off as a liability against the value of the properties for estate duty purposes (in terms of s 4(b)). Thus no estate duty was payable on the donated properties. The commissioner for inland revenue maintained that as the donation had been revoked after the wife's death, the husband's claim was not a debt due by the estate and hence could not be deducted. The court per Kuper J said (345D):

> "In the instant case it is clear that immediately the donations were made by the Applicant he acquired as against the deceased the right to revoke the agreement . . .

> Immediately the Applicant exercised that right the donee became indebted to him. I do not think it can be said that if the right is exercised after the death of the donee, the Executor incurred the liability subsequent to the date of death for it is only the revocable nature of the original agreement to give that gave rise to the liability."

The court therefore concluded that the debt due in the case of Myer was a debt due in terms of section 4(b) and was thereby deductible for estate duty purposes.

It can therefore be argued that *Myer v CIR* is authority for the proposition that an option to purchase land which is granted prior to the death of the estate holder is analogous to the position of the revocation of the donation by the donor in *Myer's* case and is therefore a debt due within the ambit of section 4(b) and thus deductible for estate duty purposes. On the basis of this reasoning the option scheme would fully achieve its objective. However, a number of cases seem to interpret section 4(b) in a different manner. In *CIR v Estate Kirsch* (1951 3 SA 469 (A)) the shareholders in a company had agreed that on the death of one of them, the surviving shareholders were to buy the deceased's shares at a pre-determined price which was less than the fair market value of the shares at the time of the death of the first partner.

The issue was whether for estate duty purposes the shares had to be calculated at their fair market value or the agreed fair price. The appellate division held that the value of the shares for estate duty purposes was the "intrinsic value" of the shares and that the terms of the partnership agreement do not affect that value (504G).

The Cape courts followed this line of reasoning in *Estate Robottom v CIR* (1961 1 SA 33 (C)). In that case the deceased had been a partner in a firm of chartered accountants. The partnership agreement provided that at the death of a partner his estate would be paid a sum for his interest in the partnership, the amount being ascertained in a manner provided for in the partnership agreement itself. The commissioner for inland revenue claimed that the deceased's share in the partnership was an asset in his estate and should therefore form part of his estate for estate duty purposes. The executors conceded this point but claimed that the value of the share of the partnership must be deducted under section 4(b) as a debt due by the estate to the surviving partners. They argued therefore that in effect the only amount which forms part of the deceased's dutiable estate was the claim the estate had against the surviving partners for the purchase price of the deceased's share of the partnership.

The court rejected the arguments of the executor. The court held that at no stage during the deceased's lifetime was he under an obligation to transfer his shares in the partnership to the other partners. It was only on the death of the deceased that an obligation arose to transfer the share of the partnership to the surviving partners and to receive the purchasing price. The claim was therefore a contingent one which was not a debt due within the meaning of section 4(b). The court also relied on *Kirsch*'s case and the case of *CIR v Estate Whiteaway* (1933 TPD 486) for support. In *Whiteaway's* case it was held that where a deed of partnership provided that on the death of a partner the surviving partners should purchase the deceased partner's interest in the firm at a valuation prescribed by the deed, the commissioner

for inland revenue was not bound to assess the value of the deceased's share in the partnership by reference to the amount of the purchase price fixed by the partnership agreement. The court in *Whiteaway*'s case rejected the argument that the right to which the deceased was entitled was created by the very agreement which defined how that right should be paid in the event of the death of the first dying partner and that in addition the method of payment was an essential part of the right so created and could not therefore be rejected. The court in *Robottom*'s case indicated that had this argument been advanced by the executors, it would have been rejected. The effect of the decision in *Robottom*'s case is succinctly illustrated in an article by Meyerowitz "Estate Duty Deductions: Debts due by the Deceased" (1976 *The Taxpayer* 184 187), who argues that if *Robottom*'s case is correct, then should A sell property to B for R1 000 and die before delivery is given and payment is made, then at A's death, if the property is valued at R500, only R500 will form part of the dutiable estate of A, even though A has a claim for R1 000 against B. *Robottom*'s case could well be used to support the argument that should A sell property to B for R1 000, B paying in advance of delivery and A dying before delivery is effected to B, the dutiable amount in the estate as the result of this transaction would be the value of the property plus the R1 000 received from B. The fact that B has a claim for the property would on the grounds of *Robottom*'s case be irrelevant because it is a personal obligation of A which is connected to property which is an asset of the estate. As the court said in *Robottom*'s case (38F):

> "The claim to the purchase price was not an asset of the deceased: that being so it follows that the obligation to confer the property is not a debt of the deceased. If the one must be excluded it follows in logic that the other must also be excluded."

Molteno (1976 *Acta Juridica* 220 224) criticises *Robottom*'s case and its reliance on previous case law because neither *Kirsch*'s case nor *Whiteaway*'s case could be relied upon for support of the court's conclusion in *Robottom*'s case. In *Kirsch*'s case it was not decided on a contract of sale at all whilst in *Whiteaway*'s case it was not argued (as it was in *Robottom*'s case) that though the deceased's partners' interest in the partnership was subject to valuation by the commissioner for inland revenue, the value which was so calculated would be deductible for estate duty purposes in terms of section 4(b) of the act.

It would seem, it is submitted, that *Robottom*'s case was wrongly decided. There can surely be no doubt that the deceased had a proprietary right not merely in the assets of the partnership but also to claim payment of his share in terms of the deed of partnership on his death. It is correct that the deceased's right to receive payment was contingent on the happening of an event (his death), but nonetheless he owned a right to claim payment which was transferred to his estate and thus must form part of his estate. In addition, there seemed to be no sound basis for the court's holding that the obligation to transfer the deceased's share of the partnership to the surviving partners in lieu of payment was not a debt of the deceased. Section 4(b), it is submitted, included debts which arise out of an obligation incurred by the deceased during his lifetime.

In the light of this criticism of *Robottom*'s case, it is therefore argued that

in the case of the option scheme where the option is exercised only after death, the claim will be a debt due in terms of section 4(b) if the grant of the option can be equated to an obligation incurred by the deceased during his lifetime.

This consideration necessitates an examination ot the legal basis of an option. There are two elements of an option contract. Firstly, the offer or promise to sell which does not constitute a contract of purchase and sale until accepted by the person to whom the offer is made and secondly, the completed contract to leave the offer open for a specified time. In *Van Pletsen v Henning* (1913 AD 82 89) Solomon J said:

> "An option is an offer to sell which remains open during the stipulated period and if the offer is accepted at any time before the period has elapsed, a binding contract of sale is concluded between the two parties. When an option is given by the seller he is bound and cannot withdraw his offer. The contract is a unilateral one and becomes bilateral only when the offer is accepted."

In *Hersch v Nel* (1948 3 SA 686 (A) 695) Davis JA stated:

> "An option has been analysed into an offer to sell together with an agreement that can keep that offer open, but perhaps a better way is to look at it simply as an agreement between a giver and holder of the option by which the giver has bound himself to sell a certain thing to the holder at a certain price if the holder shall require him to do so within the time fixed by the option: by this agreement the giver grants and the holder acquires the right to buy. The matter is often obscured by speaking of an option as a unilateral contract which becomes a bilateral contract of sale on its acceptance. This is correct if by unilateral is meant a contract by which one party is bound to do something and the other is not bound to do anything, but it clouds the issue for it obscures the fact that an option like any other agreement has two parties to it. It is no mere offer to sell. It is an agreement seriously entered into often for a considerable money consideration between two contracting parties and from that agreement legal results flow before it is even turned into a contract for sale by its exercise."

Wille and Millin (*Mercantile Law of South Africa* 17th ed 7) submit that an option is not capable of revocation and may be accepted even if the offeror was forced to withdraw it. There is little doubt among the authorities that where the offeror has bound himself by contract (even though it be a gratuitous contract) not to revoke the option or to keep it open for a certain period, the offeror will be bound by that time limit. (See Beinart "Offers Stipulating a Period of Acceptance" 1964 *Acta Juridica* 200, particularly at 207; Joubert 1971 *THRHR* 380; Mostert, Joubert and Viljoen *Die Koopkontrak* 273 where the authors state categorically that an option does not terminate on the death of the giver of the option but passes on as an obligation on the estate. See also De Wet and Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4th ed 31 where the authors point out that the option is binding on the estate. At 31 they continue: " 'n Onherroeplike aanbod, voortvloeiende uit 'n pactum de contrahendo, behoort nie met die dood van die aanbieder te verval nie, want die verbintenis, wat daaruit vloei, is soos enige ander verbintenis uit ooreenkoms 'n las in die erflater se boedel, tensy die opsie slegs vir die duur van die opsiegewer se lewe verleen is." Further support for this view can be gained from the decision *Costain & Partners v Godden* 1960 4 SA 456 (RA) as well as Hahlo and Kahn *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution* 452.)

The above dicta indicate clear support for the view that as the option is an agreement to sell, if the option holder exercises its right to buy then the sale of the property to which an option is attached flows from an obligation by the seller to sell and the consequent obligation by the executor of the deceased's estate to deliver the property against payment of the price which had been agreed upon when the deceased entered into the contract of option during his lifetime. Thus, because there is an obligation incurred during the deceased's lifetime, it is submitted in the light of the above review of the case law that the option to sell constitutes a debt due within the meaning of section 4(b) of the act.

There are, however, added difficulties which must be canvassed. It can be argued that should the option holder exercise his right to accept the offer of the property upon the death of the estate holder, then at death there would be no right to the purchase price in existence which in turn would constitute part of the dutiable estate. The right to the purchase price would accrue upon the option being exercised (1976 *The Taxpayer* 184 190). On this basis of reasoning the rights to fulfilment of the terms of the option agreement (ie to deliver the property and the right to receive the purchase price) are interdependent and inextricably linked together and they only come into existence upon the option being exercised after death, so that there can be neither debt due nor a right to the purchase price by the deceased at the time of his death. It is, however, submitted that this reasoning is not altogether sound. On the facts of *Robottom*'s case the executor was obliged in terms of the contract entered into between the parties to transfer the deceased party's interest in the partnership to the surviving partners in lieu of an amount of money which it had been agreed upon would constitute the purchase price in terms of the partnership agreement. As was argued above, the estate had an obligation to sell the partnership share to the remaining partners. This obligation only came into existence on the day of the death of the partner, ie it was an obligation contingent on the happening of an event. Nonetheless, there seems to be enough support (1976 *The Taxpayer* 184; Molteno 1967 *Acta Juridica* 220) for the view that *Robottom*'s case was wrongly decided.

There appears to be no difference between the facts of *Robottom*'s case and an option scheme because the latter case as with the former entails a contingent obligation which cannot be revoked by the offeror in a unilateral manner and which comes into existence on the death of the estate holder. Once the offeree accepts the option the estate is obliged to sell the property in question and acquires the right to the purchase price which has been agreed upon in terms of the contract of option. There would, as long as *Robottom*'s case is overruled, seem to be no authority which would prevent the option being regarded as a debt due within the terms of section 4(b) and therefore the purchase price of the property becomes the only asset as far as estate duty calculations are concerned. Support for this view can definitely be gleaned from *Myer v CIR* where Kuper J stated (346C):

> "If the deceased had a contingent liability which only became payable after death, such a liability could be deducted because it arose from an obligation of the deceased incurred during his lifetime. The fact that the debt is not due and payable at the moment of death is irrelevant as long as the debt when due was not incurred

> by the executor in the liquidation and administration of the estate but arose because of some action taken or obligation assumed by a deceased."

Analysing the statement in the context of the option plan, the words "[i]f the deceased had a contingent liability," can be reconciled with the fact that the deceased (ie the option giver) has a contingent liability in the sense that he concluded a contract of option which, as has been discussed, cannot be repudiated by him unilaterally. The words "which only became payable on death" is entirely true in the context of the option because the purchase price is only payable after the death of the deceased. As there is an obligation to deliver the property which has been made the subject of the option, there is as such an obligation on the executor of the deceased's estate and the option holder has a claim against the estate for delivery of the property upon his exercising the option which he holds. It is completely correct to say that "such a liability could be deducted."

The deduction is permissible because there is now an obligation on the executor which must be fulfilled by him, ie compliance with the terms of the option which "arose because of some action taken or obligation assumed by the deceased."

It might be possible to argue that an option of this nature is in fact a pactum successorium and as such is void. The case of *Costain and Partners v Godden* is particularly relevant in this connection. By written agreement it had been agreed to grant Costain an option to purchase a certain plot of land. The option was not to be exercised until the death of the first dying of the seller or his wife and upon the death of the first dying the seller or his executor (as the case may be) was to notify the purchaser of such death and the purchaser would then have six months within which to exercise the option. It was argued, inter alia, by the defendants that the option was void and unenforceable in that it amounted to a pactum successorium, ie an agreement regarding the succession to the estate of one of the contracting parties or of a third party. The court referring to the cases of *Van Wyk v Van Wyk* (5 SC 1) and *Ahrend v Winter* (1950 2 SA 682 (T)) held in this connection that (459H)

> "in each of these cases the test applied to the particular agreement was whether the undertaking of the party conferring the right was or was not revocable by him, for if it was, it was regarded as an agreement to regulate the succession to the Estate and it had the characteristic of a testamentary disposition on the basis that omnis voluntas de successione ambulatoria est. If, however, the undertaking was an irrevocable one, it escaped the stigma of a pactum successorium."

On this basis the court decided that the option which was irrevocable when it was granted, did not constitute a pactum successorium. This line of reasoning was also adopted in *Keeve v Keeve* (1952 1 SA 619 (A)) and *Varkevisser v Estate Varkevisser* (1959 4 SA 196 (SR)).

A further difficulty to be noted is the question of what the purchase price will be in terms of the option agreement. It could well be argued that the option scheme as described above amounts to an indirect means of reducing estate duty liability and particularly constitutes a way around the case of *Kirsch* where the valuation placed on the shares in terms of the partnership agreement were some £29 200 less than the valuation of the shares according

to the calculations of the commissioner for inland revenue. Should the purchase price which is included in the option agreement be a price lower than the fair market value of the property as at the time of the conclusion of the option agreement, which would not only entail a pegging effect of the estate for estate duty purposes, but in effect would constitute a reduction of estate duty liability, the secretary for inland revenue would be able to invoke section 3(3)(c) read together with section 3(4)(a) of the Estate Duty Act.

In terms of section 3(3)(c) property deemed to be property of the deceased includes property donated by him. Section 3(4)(a) provides that for the purposes of section 3(3)(c) any disposition whereby any person becomes entitled to receive or acquire any property for consideration which in the opinion of the secretary is not a full consideration for that property, shall to the extent to which the fair market value of the property exceeds the given consideration be deemed to be a donation. The effect of these sections is that if A sells B a farm worth R50 000 for R10 000 the difference would be regarded by the secretary as a donation for estate duty purposes.

It could be argued that the purport of an option scheme is to save estate duty by ensuring that, should the property increase in value, only the original purchase price in terms of the option agreement would form part of the estate holder's dutiable estate, and that the secretary could invoke section 3(3)(c) read with section 3(4)(a), thus ensuring that the value of the property at death would form part of the deceased's dutiable estate.

However, as Molteno (227) argued, the adequacies of the consideration must be ascertained as at the date of the disposition whereby the purchaser becomes entitled to receive the property. The disposition, it is submitted, means the legal manner in which the purchaser acquired a right to the property as the act refers to dispositions whereby any person becomes entitled to receive or acquire any property. The time for assessing the adequacy of the consideration is at the time of the conclusion of the contract, in this case the contract of option. As has been submitted above, the option agreement gives the option holder a legal right to purchase the property which is subject to the option and it is therefore at the date of the conclusion of the option agreement that the adequacy of the purchase price must be assessed.

Clearly, therefore, as long as the option price is adequate and realistic as at the time the contract of option was concluded, the secretary would not be able to invoke the remedy provided by section 3(3)(c) read together with section 3(4)(a) as described above.

The final difficulty which could be raised in connection with an option price is the possibility of its being attacked as being a simulated transaction, in a manner similar to the setting aside of transactions in the law of insolvency. In the case of *Kilburn v Estate Kilburn* (1931 AD 501), for example, the insolvent husband had passed a bond in favour of his then intended spouse. The reason given for the bond was that as the couple intended to marry and as the insolvent had promised his wife-to-be an amount of £500, an amount he was unable to pay at that point of time, it had been decided to pass a bond over his property.

It was held upon the insolvency of the husband that as there had been no real intention to ever regard the £500 as a debt owing by the husband, the wife could not be regarded as a creditor on the bond. This situation is easily distinguishable from an option scheme where the estate holder and option holder have *every* intention that the terms of the option be carried out as stipulated on the estate holder's death.

It is therefore submitted that the option scheme is a legally viable concept and that despite the paucity of authority with regard to the whole question of options, there appears to be no legal basis on which the viability of the option scheme can be fundamentally attacked.

The option scheme as set out above can be varied so as to be utilised in the partnership situation. Assume that there are two equal partners, A and B, who own a particular business which is worth R100 000. A and B wish to provide for the continuation of the business and as the business is expanding rapidly they wish to peg the value of their shares in the business for estate duty purposes. They therefore enter into a buy and sell agreement by which they agree to give each other reciprocal options to purchase each other's share of the business for R50 000 which is the present market value. To provide sufficient funds to exercise the option, each effects a whole life policy with profits on the life of each other. Assume A dies when the business is valued at R200 000. The result of the scheme would be the following: B would receive the proceeds on the policy which after 15 years should have increased in value to almost R100 000. The value of the policy less premiums plus 6% forms part of A's dutiable estate as does the amount paid for A's share by B. The effect of such a scheme would therefore be that the partnership scheme has been pegged for estate duty purposes and sufficient cash has become available for purchase of the deceased partner's share of the business without delay.

However, these schemes are limited ones as far as estate planning in its totality is concerned for they do not fulfil all (or even most) of the basic estate planning objectives. They succeed merely in pegging the growth of the estate for estate duty purposes and ensure that the estate holder will be able to provide that the best suited beneficiary inherit the particular property concerned. In addition, these schemes are based on a suspensive condition, namely that the holder of the option survives the estate holder. Should the option holder predecease the estate holder, even by a day, the suspensive condition is not fulfilled and as such there can be no obligation on the estate in terms of section 4(d) of the Estate Duty Act. This is a serious limitation on the efficacy of the concept of the option scheme as has been enunciated above. In this sense it cannot be regarded as an estate planning tool of comprehensive scope and this is particularly the case when considering that the scheme is extremely inflexible during the lifetime of the estate holder, the plan leaving very little room for modifications or adjustment particularly in the event of the estate holder's circumstances changing.

DM DAVIS
University of Cape Town

BESONDERE MISDADE EN ALGEMENE BEGINSELS

In sy aantekening "Mededader of Medepligtige: Nog Meer Verwarring" (1980 *THRHR* 195) poog Van Wyk om "medepligtigheid in perspektief te plaas" (197). Hy meen dat medepligtigheid nie 'n algemene beginsel nie, maar 'n besondere misdaad is. Gesag wat hy daarvoor aanvoer, is Van der Merwe, hoof van Justisie-Opleiding (waaraan die skrywer voorheen self verbonde was) en sy eie artikel "Algemene Beginsels of Besondere Misdade?" (1977 *De Jure* 162). In laasgenoemde artikel stel hy dit, steeds met verwysing na Van der Merwe, dat poging, medepligtigheid en uitlokking besondere misdade en nie algemene beginsels is nie.

Wat medepligtigheid betref, steun die skrywer sy standpunt op 'n vergelyking van medepligtigheid met die besondere misdaad heling: Soos heling voldoen medepligtigheid aan die algemene vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid – handeling, onregmatigheid en skuld – asook aan die besondere vereiste van aksessoriteit, dit wil sê daar moet nog 'n dader met betrekking tot 'n ander misdaad wees. Sy gevolgtrekking is verregaande (198):

> "Wanneer dit nou eenmaal duidelik is dat medepligtigheid en heling aan presies dieselfde vereistes moet voldoen, is dit *ondenkbaar* [my kursivering] dat die gedagte dat eersgenoemde 'n algemene beginsel en laasgenoemde 'n besondere misdaad is, nog verkondig kan word – vgl De Wet en Swanepoel *Strafreg* 3e uitg 158 ev en Burchell en Hunt *South African Criminal Law and Procedure* bd 1 376 ev."

Daar word aan die hand gedoen dat die skrywer se redenasie 'n belangrike, miskien die belangrikste, aspek buite rekening laat, naamlik die beskermingsfunksie van die strafregnorme. Elke besondere strafregtelike gebod of verbod behoort 'n bepaalde regsgoed, hetsy regstreeks of onregstreeks, teen 'n besondere soort menslike gedraging te beskerm. Besondere misdade word derhalwe volgens die regsgoedere waarteen hulle gerig is, ingedeel, en by die uitleg van 'n strafregnorm behoort die ratio legis wat met die beskerming van die betrokke regsgoed te doen het, steeds een van die eerste oorwegings te wees. Heling is in ons strafreg veral 'n misdaad teen die vermoë. Medepligtigheid is 'n misdaad teen . . . Dié stippellyn bly leeg tot tyd en wyl dit met 'n verwysing na 'n besondere misdaad ingevul is. Gevolglik kan medepligtigheid, wat op sigself geen besondere regsgoed aantas nie, beswaarlik as 'n besondere misdaad beskou word.

Om medepligtigheid in perspektief te plaas, moet 'n mens van daderskap uitgaan, altans in regstelsels soos die Suid-Afrikaanse wat tussen daderskap en deelneming onderskei en waar die medepligtige aan die pleging van 'n misdaad deelneem sonder om aan die vereistes van daderskap te beantwoord.

> "Dit is in hierdie regstelsels derhalwe van primêre belang om vas te stel aan welke vereistes iemand moet voldoen om *dader* te wees, want eers indien hieromtrent duidelikheid bestaan, kan vasgestel word wie *deelnemers* is" (Rabie *Die Deelnemingsleer in die Strafreg* ongepubliseerde proefskrif (1970) 2).

Tussen daderskap (insluitende mededaderskap en middellike daderskap) aan die een kant en medepligtigheid aan die ander kant kan daar geen leemte wees nie. Medepligtigheid moet begin presies waar daderskap ophou. Twee begrippe wat so onmiddellik aan mekaar grens, kan nie op verskillende

vlakke tuishoort nie. Daarom is dit moeilik om te sien hoedat medepligtigheid 'n besondere misdaad kan wees terwyl daderskap dit nie is nie.

Oënskynlik berus Van der Merwe en Van Wyk se standpunt op 'n eienaardig enge siening van algemene beginsels in die strafreg. Die probleme waarin hulle beland, is daaraan te wyte dat hulle die bestaan van algemene leerstukke aangaande poging en deelneming eenvoudig ontken terwyl hierdie leerstukke onontbeerlike elemente van ons strafreg is. 'n Strafregtelike verbod verwys gewoonlik, hetsy uitdruklik of by implikasie, alleen na die dader en na die voltooide misdaad. Die werklike trefwydte van die besondere norm word grootliks deur algemene beginsels bepaal. Party van hulle beperk dit, byvoorbeeld deur die erkenning van regverdigings- en skulduitsluitingsgronde, en ander brei dit na poging en medepligtigheid uit. Die aanspreeklikheid van iemand wat as medepligtige die pleging van 'n diefstal bevorder, berus dan nog steeds op die besondere regsnorm aangaande diefstal – soos aangevul deur die algemene leerstuk. "Hy word skuldig bevind aan die misdaad waaraan hy deelneem, egter nie as dader nie, maar as deelnemer" (Rabie 332). Wat poging tot diefstal of enige ander besondere misdaad betref, is die posisie mutatis mutandis dieselfde.

By geleentheid is reeds gesê dat die wisselwerking tussen 'n besondere misdaadomskrywing en die algemene leerstukke telkens drie besondere misdade met parallelle opset laat ontstaan, byvoorbeeld diefstal, deelneming aan diefstal en poging tot diefstal. Of dit dogmaties houdbaar is, laat ons daar. In elk geval sal so 'n voorstelling minder verwarring veroorsaak as die gedagte dat poging in abstracto en medepligtigheid in abstracto besondere misdade is.

Waar Van der Merwe (soos aangehaal deur Van Wyk 1980 *THRHR* 198 ev) die beginsel van die selfstandige misdaad "medepligtigheid" verkondig, sê hy self:

> "Natuurlik word nie te kenne gegee dat 'n persoon aan medepligtigheid (of poging) *in abstracto* aangekla en skuldig bevind kan word nie, net so min as wat iemand van daderskap *in abstracto* aangekla of veroordeel kan word. Besondere voorvereistes moet nog aanwesig wees om te toon waaraan 'n persoon medepligtig was of watter misdaad hy gepoog het, net soos besondere voorvereistes moet toon aan watter misdaad 'n persoon dader is."

Juis. Medepligtigheid en poging in abstracto maak net so min sin soos daderskap in abstracto. By medepligtigheid en poging eis – volgens Van der Merwe – "die realiteit van die prosesreg" dan ook 'n aanklag met "terminologiese" verwysing na 'n ander misdaad. Beteken dit dat medepligtigheid wel in abstracto gepleeg word en eers later deur die toedoen van 'n staatsamptenaar tot medepligtigheid aan, byvoorbeeld, verkragting, diefstal of moord ontwikkel, en selfs in dié stadium nie materieel nie, maar slegs terminologies? Ons positiewe reg, die kriminologie en die realiteit van die lewe ken nie so 'n misdaad sonder inhoud nie, en daar is geen rede aangevoer waarom dit de lege ferenda wenslik sou wees nie.

In teenstelling met medepligtigheid word uitlokking in sommige lande, ook in Suid-Afrika, òf deurgaans òf in sekere gevalle as 'n selfstandige misdaad behandel. Die uitlokker word dan nie as blote deelnemer aan 'n ander se misdaad gestraf nie, maar "omdat hy streef om 'n misdadige ge-

sindheid by 'n ander te verwek" (Rabie 355). Dit is die ou kanonieke reg se "alium peccare facit;" die uitlokker "delinquit . . . in mandatarium, quem corrumpit" (Carpzovius); sy handeling tref nog 'n ander regsgoed as dié wat deur die dader aangetas word. Trouens, sekere skrywers het uitlokking 'n misdaad teen die uitgelokte dader genoem, teen sy psige, sy karakter of sy wetsgehoorsame gesindheid. Uit dié oogpunt beskou, het 'n besondere verbod op uitlokking, en ook poging tot uitlokking, inderdaad 'n besondere beskermingsfunksie. By geslaagde uitlokking kan die element van mandatarium corrumpit egter heeltemal oorskadu word deur die feit dat die uitlokker se gedraging dieselfde regsgoed raak waarop die hoofdaad inbreuk maak. In baie lande word hy dan as deelnemer of, veral by gevolgsmisdade, self as dader beskou (afhangende van die begrip van daderskap wat in die betrokke regstelsel aanvaar is).

In verband met begunstiging redeneer Van Wyk soos in die geval van heling. Hy vind dit onlogies om wel begunstiging, maar nie medepligtigheid nie, as 'n besondere misdaad te erken, en stel die retoriese vraag:

> "Waar Rabie bv verklaar dat medepligtigheid 'iets minder is as daderskap van die (besondere) misdaad waaraan deelgeneem is' (a w 454) om die bestaan van medepligtigheid as 'n selfstandige misdaad te ontken, ontstaan die vraag of begunstiging, wat hy wel as 'n besondere misdaad erken, dan 'iets meer' is?" (1977 *De Jure* 171).

Die antwoord is ja. Ook hier het Van Wyk die kwessie van die betrokke regsgoed oor die hoof gesien. Die begunstiger wat 'n misdadiger help om aanspreeklikheid vir sy daad te ontduik, benadeel belange van die regspleging. In ons hedendaagse reg, soos in baie ander regstelsels, word sy gedraging nie meer as deelneming beskou nie, maar val dit in die klas misdade waarna met uitdrukkings soos dwarsboming van die gereg, regsverydeling, strafverydeling ensovoorts verwys word. Daar is inderdaad "iets meer" wat dit regverdig om begunstiging as 'n besondere misdaad te behandel.

Vir poging geld a fortiori wat hier oor medepligtigheid gesê is. Die handeling van iemand wat poog om 'n besondere misdaad te pleeg en van dié wat daarin slaag, is teen presies dieselfde regsgoed gerig, word met presies dieselfde gesindheid uitgevoer, en hoef selfs objektief nie te verskil nie. Soms moet een daad weke lank as poging tot moord en later, na die dood van die slagoffer, as voltooide moord aangemerk word. Met die oog op hierdie feite kom die gedagte dat die gepoogde en die voltooide besondere misdaad totaal verskillende regsnorme oortree, nie juis realisties voor nie.

Tog stem Van Wyk met Van der Merwe saam dat pogind 'n selfstandige besondere misdaad, naamlik "'n voltooide, formeel omskrewe misdaad," is (1977 *De Jure* 163). Sy redenering dat die misdaad poging net soos die misdaad moord aan al die algemene vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid moet voldoen, steun egter ook die teenoorgestelde standpunt: nie poging in abstracto nie, maar poging tot 'n besondere misdaad beantwoord aan daardie vereistes omdat die algemene leerstuk insake poging die betrokke verbod na die gepoogde misdaad uitbrei. In der waarheid word poging tot moord, nie poging in abstracto nie, deur handeling, wederregtelikheid en skuld gekenmerk.

Dit is egter by 'n ander punt waar die skrywer se redenasie finaal skipbreuk ly. Net soos moord, aldus Van Wyk, het ook die misdaad poging 'n besondere vereiste. Terwyl moord die dood van 'n ander mens vereis, is die vereiste vir poging "dat die dader nie in sy beoogde doel moes geslaag het nie" (1977 *De Jure* 164). Tereg sê die skrywer dat poging opset vereis, en hy sal dit seker nie betwis dat opset steeds op al die wesenlike elemente van 'n besondere misdaad gerig moet wees nie. Gevolglik sal, indien poging 'n besondere misdaad is, die opset by poging tot moord daarop gerig moet wees dat 'n ander mens se dood *nie* intree nie! Opset om te poog beteken dan opset om nie te slaag nie, en dit beteken opset om nie eers te poog nie. Daar kan dus geen "besondere," op blote poging gerigte, opset wees nie, en gevolglik is ook die besondere misdaad "poging" logies onbestaanbaar.

Ten slotte wil ek kortliks op een aspek ingaan wat ek baie bedenkliker as die skrywer se dogmatiese dwalinge vind. Dit is die tendens om ons strafreg ontsaglik uit te brei. By poging bepleit hy strafbaarheid van alle voorbereidingshandelinge wat aan die opsetvereiste voldoen (1977 *De Jure* 164) – dit wil sê 'n onafsienbare uitbreiding van ons alreeds gans te omvangryke strafreg. Myns insiens sou dit nuttiger wees om daaroor te besin of die strafbaarheid van pogings nie tot misdade van 'n ernstige aard beperk moet word nie. Waar tallose oortredings en baie min vervolgings plaasvind, kom die strafreg self in die gedrang. Gestel iemand poog tevergeefs om die spoedbeperking van 90 km/h te oorskry met 'n stokou lorrie wat hoogstens 80 km/h kan haal. Watter kans staan hy om gestraf te word? Gestel hy het reeds by die koop van petrol die bose, op 100 km/h gerigte, opset gehad. Moet so 'n voorbereidingshandeling nou ook strafbaar word? 'n Strafregstelsel wat so ver probeer gaan, maak homself belaglik.

By die skrywer skyn daar ook 'n neiging te wees om op 'n boni morestoets vir wederregtelikheid en strafwaardigheid staat te maak (1977 *De Jure* 164 167 170; 1980 *THRHR* 197). Of so 'n toets in 'n paar grensgevalle van nut mag wees, kan hier nie bespreek word nie. In elk geval is die strafreg nie die regte instrument om bonos mores oor die algemeen mee af te dwing nie. Laat ons liewers daarna strewe om weg te doen met elke verbod en elke strafbedreiging wat vir die beskerming van regsgoedere nie werklik nodig is nie.

W BERTELSMANN
Pietersburg

The particular aspect of order with which our [the legal] profession is concerned is order in . . . the sphere of human relationships. In every human community . . . all the elements of strife and anarchy are present which we owe to . . . selfishness, greed and passion . . . Happily . . . there is implanted no less deeply in the breast of mankind a craving, however dim, for justice . . .

Lord MacMillan Law and Other Things *23–24.*

Vonnisse

LA GRANGE v SCHOEMAN 1980 1 SA 885 (OK)

Publikasie van foto's – privaatheidskending – iniuria

Die relevante feite is kortliks die volgende. Die respondente is lede van die veiligheidspolisie. Hulle was, twee as verweerders en een as getuie, betrokke by 'n opspraakwekkende siviele saak (die Mohapi-verhoor) voortspruitende uit die dood van 'n aangehoudene. Die applikant, fotograaf vir 'n koerant, het gepoog om by die verhoor foto's van die respondente vir publikasiedoeleindes te neem. Hy word egter, fisies en deur middel van dreigemente, deur hulle verhinder om dit te doen. Die applikant vra 'n interdik aan onder andere om die respondente te verbied om met die gewraakte optrede voort te gaan. Die kernvraag is of die applikant 'n reg het om foto's van die respondente te neem en te laat publiseer.

Met verwysing na gewysdes en skrywers wys regter Kannemeyer (892–893) ten aanvang daarop dat alhoewel die publikasie van 'n foto in sekere omstandighede 'n iniuria kan wees, die blote feit dat die betrokkene nie toestemming tot die publikasie verleen het nie, nie die publikasie onregmatig maak nie. Die publikasie van foto's van persone wat by nuuswaardige gebeurtenisse betrokke is, kan naamlik in sekere gevalle geregverdig wees. In casu voer die applikant ook aan dat (893D–F)

> "the first two respondents had been 'catapulted into the public eye' and had become 'instant celebrities' because the Mohapi case is one in which the public as a whole has a legitimate interest and because their names and identities have been mentioned as being the alleged assailants of the late Mr Mohapi. Thus, it was submitted, even if they object to their photographs being taken and published, they have no legal right to do so because the interest of the public in obtaining news in the present case offsets the respondents' interest in privacy. Ergo the applicant has a legal right to photograph them without let or hindrance notwithstanding their objection."

Die regter is nietemin van mening dat die feite van die onderhawige geval nie die publikasie van die foto's regverdig nie. Eerstens voer hy aan (893F–G) dat hierdie nie 'n gewone geval is waar persone "nuuswaardig" geword het nie. Die respondente het bekendheid verwerf bloot omdat hulle deur die eiseres in die Mohapi-verhoor "genomineer" is as die persone wat die dood van die aangehoudene veroorsaak het. Tweedens wys hy daarop (893H–894E) dat, alhoewel die publikasie van lasterlike bewerings wat in hofverrigtinge te berde gebring word en die identifisering van die betrokkenes in beginsel geprivilegieerd en dus regmatig is, die perke van die privilegie oorskry sal word deur die publikasie van foto's van die respondente. Sodanige publikasie sal naamlik slegs ten doel hê om die publieke nuuskierigheid te bevredig. Derdens sal die publikasie van die foto's ook tot gevolg hê dat die privaatheid en goeie naam van die respondente verder in gedrang gebring word (894E–895A). Laastens bestaan daar 'n sterk moontlikheid dat die persoonlike veiligheid van die respondente, asook dié van hulle families, deur die publikasie in gevaar gestel sal word (895A–B).

Afgesien van die voorgaande is regter Kannemeyer in elk geval van mening dat die applikant geen reg het om onwillige persone te dwing om hulle te laat fotografeer of om 'n hofbevel te dien effekte te verkry nie. Hy verklaar (895F–H):

> "It may be that to publish a photograph of a person which is taken against that person's will would not, were that person not one concerning whom injurious allegations have been made in court, ground an action for *injuria* if that person had been 'catapulted into the public eye' against his will. This, however, does not mean that the photographer can compel such an one to submit to being photographed or require him not to take steps to prevent such a photograph being taken. Mr Kroon conceded that there was nothing to prevent the first or second respondent from avoiding being photographed by, for instance, shielding his face with a newspaper. If this is so, as I am satisfied it is, the applicant has not shown a clear right in respect of which he is entitled to claim protection from the Court."

Die uitspraak word in beginsel onderskryf.

Hierdie beslissing laat nietemin die interessante vraag ontstaan in welke omstandighede foto's van persone wat by verhore betrokke is, gepubliseer mag word. In eerste instansie moet daarop gewys word dat met betrekking tot privaatheidsbeskerming die publikasie van persoonlike feite wat in hofsake te berde gebring word in die algemeen regmatig is. 'n Belangrike rede hiervoor is dat hofverrigtinge in beginsel in die openbaar afspeel en vir 'n onbeperkte aantal persone toeganklik is (sien ook Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1976) 154; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 398; in casu 893H–894B). Nou moet egter goed in gedagte gehou word dat sodanige publikasie, veral indien dit gepaard gaan met die identifisering van die betrokkenes deur middel van foto's, 'n veel omvangryker en intensiewer krenking van privaatheid meebring as die blote identifisering van die betrokkenes deur aanwesiges by die verhoor (vgl in casu 894H–895A). Daarom behoort die publikasie van sodanige foto's in beginsel onregmatig te wees tensy 'n regverdigingsgrond in besondere omstandighede te pas kom. Die regverdigingsgrond wat in die afwesigheid van toestemming meesal in hierdie gevalle ter sprake sal kom, is die waarneming van die openbare inligtingsbelang (sien hieroor my bespreking in *Die Reg op Privaatheid* (1976) 340 ev; *Persoonlikheidsreg* (1979) 204 ev).

Die waarneming van die openbare inligtingsbelang vertoon in hoofsaak 'n tweeledige karakter. Enersyds omvat dit die verlening van publisiteit aan *openbare figure*. Openbare figure is persone wat uit hoofde van hulle beroep, amp, status, doen, late en misdade die publiek 'n geregverdigde belang in inligting nie alleen rakende hulle openbare lewe en aktiwiteite verskaf nie, maar in besondere omstandighede ook van hulle private lewe. Hulle sluit staatsmanne, politici, sporthelde, besigheidsmagnate, kunstenaars, akteurs en berugte misdadigers in. Baie belangrik is dat hierdie persone op sodanige wyse in die openbaar bekend geraak het dat hulle openbare belangstelling gaande maak sonder dat hulle noodwendig by 'n nuuswaardige gebeurtenis betrokke is. Dié persone is dus as sodanig nuuswaardig. Gevolglik sal die publikasie van 'n foto van 'n openbare figuur wat by 'n hofsaak betrokke is, hetsy as eiser, verweerder, beskuldigde of getuie in beginsel regmatig wees selfs al wek die verhoor weens die alledaagsheid daarvan (soos 'n verkeersoortreding) op sigself geen openbare belangstelling nie.

Andersyds omvat die waarneming van die openbare inligtingsbelang die verlening van publisiteit aan persone wat betrokke is by *gebeurtenisse* waarby die publiek 'n regmatige inligtingsbelang het. Sodanige belang bestaan indien die gebeurtenis weens besondere omstandighede bo die alledaagse uittroon en sodoende openbare belangstelling gaande maak. Die kernvraag

met betrekking tot privaatheidsbeskerming is bloot of die publiek ook 'n belang in die identifisering van die betrokke persoon met die gebeurtenis het. Indien wel, dan mag publisiteit aan die persoon verleen word slegs met betrekking tot die nuuswaardige gebeurtenis. Nou kan 'n mens aanvaar dat die publiek 'n belang in die identiteit (ook foto's) van persone het wat by opspraakwekkende verhore betrokke is (vgl oor die posisie in die Duitse reg, *Die Reg op Privaatheid* supra 91–92). In beginsel is die publikasie van sodanige foto's dus regmatig. Dit sou myns insiens ook die geval in casu gewees het aangesien die respondente verweerders en 'n getuie was in 'n verhoor wat baie openbare belangstelling gaande gemaak het.

Die voorgaande beteken egter nie dat die publikasie van foto's van persone wat by opspraakwekkende verhore betrokke is altyd regmatig is nie. Daar mag naamlik besondere omstandighede aanwesig wees wat duidelik tot die teendeel spreek. In casu was die belangrikste faktor myns insiens die feit dat die publikasie van die foto's die veiligheid van die respondente en hulle families in gevaar sou gestel het. In hierdie geval moet die publiek se belang in inligting wyk voor die openbare (en private) belang in die beskerming van die persoonlike veiligheid van die betrokkenes. Gevolglik sou die publikasie onregmatig gewees het.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

STREEK v EAST LONDON DAILY DISPATCH (PTY) LTD 1980 1 SA 151 (E)

Background circumstances and surrounding circumstances – broad contexts and narrow contexts – the interpretation and rectification of contracts

Meticulous endeavours to follow what the appellate division or other courts have said, are in general praiseworthy, but may on occasion lead to assumptions that there are distinctions of substance where there are in fact only alternative expressions used to convey the same idea. One well-known instance concerns the test(s) for implied provisions of a contract. Are there three or is there only one? (See the authorities discussed in the present writer's *The Principles of the Law of Contract* (hereinafter referred to as *Contract*) 3rd ed (1980) 220–228; contra Murray "Implied Term in Mortgage Bond" 1972 *SALJ* 404 407.) It is suggested that the decision in *Streek v East London Daily Dispatch (Pty) Ltd* 1980 1 SA 151 (E) provides another instance. The court (Eksteen and Howie JJ) was called upon to interpret clause 2 of a contract which stated that a specified sum to be paid monthly to plaintiff "is inclusive of company pension and medical aid contributions and travel and entertainment allowance" (152H).

In terms of the regulations governing the pension fund, so far as one can gather from the report (154A 159E–F – the case was on exception so the facts were not fully canvassed), the fund received two contributions in the case of other employees, one paid by the employee and the other paid by the company. The question now arose whether the clause in question referred to both contributions or only to the one that was payable by the employee.

The plaintiff pleaded (1) that the clause clearly (ie unambiguously) referred to his contribution only (153A and H); alternatively (2) that the clause was ambiguous; that on a proper construction it referred to his contribution only, and that the parties so interpreted it (153D–E); in the further alternative (3) that it should be rectified (153F). As the application and exception before the court did not refer to the claim for

rectification, that claim was not dealt with (153F).

The evidence which the plaintiff claimed to have, and on which he proposed to rely, related to

> "a number of letters which passed between the parties both before and after the agreement was entered into; certain previous agreements entered into between the parties and drafts of these and of the present agreement; together with an alleged representation by the defendant prior to the conclusion of the present agreement in respect of the plaintiff's pension contributions; the rules of the pension fund requiring both plaintiff and defendant to make contributions towards plaintiff's pension; and the fact that from 1 July 1975 to 1 May 1977 the defendant actually made regular monthly contributions to the pension fund in respect of plaintiff's pension" (per Eksteen J at 153H–154A).

The court decided that, whether the first or second of the plaintiff's approaches was adopted, the evidence was inadmissible (159B–D). On the first proposition Eksteen J said (156D–E; see also 157H):

> "No doubt the meaning of the words used in that clause must be read and understood in the context in which they are used, but that context must, in the present case, be sought solely in the provisions of the contract as a whole. Whatever further insight the broader context, in the sense of the background of the contract, may give, it cannot, in my view, be used to give a meaning to the words of the clause other than their ordinary grammatical meaning."

In my opinion this assumes a single "ordinary" meaning for words and is, therefore, open to criticism (*Contract* 242–252). The proposition that the context is to be limited to what appears in the contract is equally open to criticism (ibid and *Cinema City (Pty) Ltd v Morgenstern Family Estates (Pty) Ltd* 1980 1 SA 796 (A) 803G–806A, a decision given after that in *Streek*'s case).

It is not the purpose of this part of this case note to canvass these points again; rather it is to question whether any advantage is to be gained by seeking, as the court did in *Streek*'s case (154H–156E 159E–F), to distinguish between "background circumstances" and "surrounding circumstances." Both terms have been used in the appellate division, but that court does not appear to have explained what the nature of the distinction may be. In *Swart v Cape Fabrix (Pty) Ltd* 1979 1 SA 195 (A) 201A Rumpff CJ said:

> "Oënskynlik is 'agtergrondsomstandighede' iets anders as die gewone 'omringende omstandighede' waarop gesteun kan word by onduidelikheid of onsekerheid, maar ek vind dit onnodig om hierop in te gaan."

However, in the *Cinema City* case (805B) the court quoted with approval the following statement by lord Wilberforce in *Reardon Smith Line v Hansen-Tangen* 1976 3 All ER 570 (HL) 574C–D (italics added):

> "No contracts are made in a vacuum: there is always a setting in which they have to be placed. The nature of what is legitimate to have regard to is usually described as 'the surrounding circumstances' but this phrase is imprecise: it can be illustrated but hardly defined. In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, *the background*, the context, the market in which the parties are operating."

On the linguistic level there is very little difference between the phrases "background circumstances" and "surrounding circumstances." The metaphor relating to the "background" of a contract is derived from art. Excluding those where everything is on the same plane, pictures normally have a foreground, sometimes a middleground, and a background. It might be thought that the metaphor could serve to indicate a clear division between what is in the foreground and what is in the background, but as foregrounds often merge into backgrounds without any demarcation between the two, this is not so. See, for example, Pieter Breugel's *Children's Games* where the street on the right which is part of the foreground leads straight from there to the farthest

background. Moreover, the "background" is not always further removed from the "foreground" than that which "surrounds" is removed from that which "is surrounded." Studio portraits in which the sitter is not shown against a landscape, provide an example. Hence it is suggested that whatever distinction there may be in fields other than law between foregrounds and backgrounds, on the one hand, and that which is surrounded and that which surrounds, on the other hand, they are not helpful on questions of interpretation.

Irrespective of the linguistic point, the court in *Streek*'s case felt that there was some support in case law for limiting background circumstances to the "facts of the case" (155H–156B) and said that evidence of background circumstances "would seem to be admissible only in order to appreciate the broad context in which the words to be interpreted were used" (156C). In my opinion, to prefer the phrase "the facts of the case" to "background circumstances" is to choose one obscure expression in place of another. In *Streek*'s case what had been represented, what had been said in letters, and what had been done afterwards, were said to be "surrounding circumstances;" while the contents of the rules of the pension fund, it was said, could possibly be argued to be a "background circumstance" (159E). But how much more "factual" than what is represented, or what is written in a letter, are the rules of a pension fund? If a statement that a party holds a certain opinion refers to a fact (*Contract* 153), is the existence of a common intention not a question of fact also?

Further, is it helpful to say that evidence must be confined to what will assist in understanding "the broad context" in which words are used? (*Streek*'s case 156C, following Wessels JA in *Van Rensburg v Taute* 1975 1 SA 279 (A) 303C–D.) Apart from the fact that a distinction between a broad and a narrow context is questionable in principle, if such a distinction exists how does one draw the line in legal matters?

As the proffered evidence in *Streek*'s case, above, was ruled inadmissible, one cannot tell what was in the letters. Suppose that one of them had been sent by the defendant to the plaintiff at an early stage of the negotiations and had read: "Before embarking on negotiations which might otherwise be fruitless, let us agree that you will be entitled to membership of the pension fund and that when we refer to company pension contributions we mean your contribution and not ours," and suppose that the plaintiff had replied that he agreed. Would such letters be less of a "fact" or less of a "background circumstance" than the rules of the fund (cf 159E–F), or indeed the other circumstances referred to in the cases in *Contract* 242 f?

Lest it be thought that the above problem can be solved by reference to the integration rule, often called the parol evidence rule, it should be pointed out that that rule is concerned with the question "what words form part of the contract?" and not with the determination of the meaning of the words in the contract (*Contract* 218–219 n 47 51).

In view of the above considerations it is suggested that attempts to distinguish between "background circumstances" and "surrounding circumstances" and/or a "broad" context and a "narrow" one are not likely to be of assistance in determining what the parties to a contract intended. When the parties form a contract they do not draw such distinctions. It follows that if a court is to place itself as nearly as it can in the situation of the parties to the contract at the time it was entered into, and so discover their common intention, it should not draw such distinctions either. (For authorities on the court being placed in the situation of the parties when they made the contract see *Contract* 244–245.)

In *Cinema City (Pty) Ltd v Morgenstern Family Estates (Pty) Ltd* 1980 1 SA 796 (A) 805E–806A the appellate division (per Jansen JA) left open the questions whether evidence of negotia-

tions between the parties is admissible at an early stage, and whether the requirement of "ambiguity" or "uncertainty" may be dispensed with. The decision is, however, authority for the proposition that the basic principle is that "in matters of interpretation the common intention of the parties should prevail" (804D–E) and that in giving effect to this principle the court seeks to discover what "the parties meant" (808A); what "the parties had in mind" (808B). It is suggested that if parties have in mind, at the time of contracting, statements they made (orally or in writing) to each other during the negotiations, which statements have a bearing on the meaning of the contract finally agreed upon (they normally will have much of this in mind), evidence of the statements will often be the best evidence of what they meant. Instead of excluding the evidence as inadmissible it should be admitted more readily than any other evidence.

As indicated above, the plaintiff's declaration in *Streek*'s case included a further alternative claim for rectification of the contract, but the nature of the application and exception had the result that this did not come before the court for decision (153F). Had the question of rectification been before the court, there would seem to be no doubt that the proffered evidence would have been admissible. Drafts of an agreement (*Meyer v Merchants' Trust Ltd* 1942 AD 244 256–257); a letter to a friend (*Meyer*'s case 257); a fortiori letters between the parties; and evidence of oral discussions between the parties (*Benjamin v Gurewitz* 1973 1 SA 418 (A) 423C–H) are admissible when the claim is for rectification. The point made earlier by professor Beuthin 1978 *SALJ* 160 that rectification should be borne in mind, is strengthened by the decision in *Gralio (Pty) Ltd v D E Claasen (Pty) Ltd* 1980 1 SA 816 (A) where Miller JA said:

> "Indeed (leaving aside cases in which the contract is by law required to be in writing), a defendant who raises the defence that the contract sued upon does not correctly reflect the common intention of the parties, need not even claim formal rectification of the contract; it is sufficient if he pleads the facts necessary to entitle him to rectification and asks the court to adjudicate upon the basis of the written contract relied upon by plaintiff as it stands to be corrected."

If a defendant can so plead, it would seem to be open to a plaintiff to plead the written contract and the facts necessary to entitle him to rectification and to ask for adjudication on the contract as it stands to be corrected. This being so (apart from some, not all, cases on contracts required to be in writing, as to which see *Contract* 92–97) the same evidence (e g (1) of what passed between the parties, oral or written; (2) of a draft of the agreement) may substantiate a claim either for a true interpretation or for rectification. This is another reason supporting the proposition that in cases on interpretation all relevant evidence should be admissible at an early stage and the requirement of ambiguity dispensed with. (*Contract* 242–251; left open in the *Cinema City* case, above.) Both in rectification cases and in those on interpretation the court seeks the common intention of the parties. (*Contract* 90 n 386–388; 242 f.) Assuming that the proffered evidence of what passed between the parties and of the draft of the agreement, if any, is sufficiently cogent, does our law really require that a plaintiff asking for interpretation, alternatively rectification, as in the *Streek* case, and offering the same evidence on both alternatives, shall lose on the first day, being told that the court is seeking the common intention of the parties but that his evidence is inadmissible; that he shall pay the costs involved in preparation for that day, and of that day in court with four counsel appearing; that he shall suffer the necessary delay until the next hearing; and that at the next hearing he shall succeed, being told that, as before, the court is seeking the common intention of the parties, but that this time his evidence is admissible?

AJ KERR
Rhodes University

S v M 1980 1 SA 586 (BH)

Klagte by geslagsmisdade – bewyswaarde van

In dié saak het dit gegaan oor die toelaatbaarheid en bewyswaarde van 'n klagte wat deur die klaagster na 'n beweerde verkragting gemaak is.

Hoofregter Hiemstra sê op bladsy 587 van die verslag die volgende:

> "Die reël oor toelaatbaarheid van klagtes is een van die minder duidelike en lukrake erfenisse uit die Engelse bewysreg. Dit sou uit die oogpunt van logika die beste gewees het om eenvoudig te sê dat die klagte toelaatbaar is uitsluitend om afwesigheid van toestemming by 'n seksmisdaad te bewys, want iemand wat toegestem het, sal nie gaan kla nie en sal inteendeel die gebeure verheimelik. Die beslissings en die handboeke stel dit nie so kompakt nie."

Die regter bespreek dan Schmidt (*Bewysreg* 277) se siening dat die klagte slegs ten doel het om konsekwentheid ten opsigte van enige van die geskilpunte van die klaagster se getuienis te bewys. Hieroor sê hoofregter Hiemstra (588):

> "Bewys van konsekwentheid is in my oordeel dieselfde as self-stawing. As dit nie dieselfde is nie, is dit moeilik om te sien wat dit anders is.
>
> Daar is nêrens elders in die bewysreg 'n toelatingsgrond soos konsekwentheid nie. Aangesien dit niks anders as self-stawing is nie, behoort konsekwentheid nie die toelatingsgrond te wees nie."

Regter Steenkamp kom in 'n afsonderlike uitspraak tot 'n ander konklusie. Hy maak aanvanklik enkele opmerkings oor die geskiedenis en omvang van die onderhawige reël. Hy beroep hom verder op *S v Bergh* 1976 4 SA 857 (A) 867 waar hoofregter Rumpff die volgende sê:

> "'n Bestudering van Engelse, Amerikaanse en Suid-Afrikaanse beslissings toon dat vorige ooreenstemmende verklarings toegelaat word by wyse van uitsondering en dat die uitsonderings te doen het met gevalle waar, in die algemeen gesproke, die getuienis van 'n getuie aangeval word en getuienis aangebied word wat in die omstandighede van die besondere geval meer bewyskrag het as bloot die aantoon van konsekwentheid van die getuie."

En op bladsy 869 sê hoofregter Rumpff:

> "Die omstandighede waaronder klaagster haar verklaring oor die 41 beeste in 1969 aan die polisie gedoen het, was so totaal anders as waaronder sy haar getuienis in die Hof afgelê het, dat die blote suggestie by implikasie onder kruisondervraging dat haar getuienis versinsel of verbeelding is, volgens my mening, die toelaatbaarheid van klaagster se verklaring aan Nel verg, op grond van logika, gesonde verstand en billikheid. Die verklaring geld nie as stawing van die inhoud daarvan nie maar versterk die akkuraatheid van die getuienis van die klaagster."

Ter konklusie vereenselwig regter Steenkamp hom op bladsy 592 met wat Schmidt (277) sê:

> "Dit staan nou vas dat nie net die feit dat die klaer gekla het bewys kan word nie, maar ook die besonderhede wat in die klagte vervat is. Hierdie getuienis het egter slegs 'n beperkte doel. Dit is nou gebruiklik om te verklaar dat die doel daarvan is om 'n verweer van toestemming te weerlê en om die klaagster se konsekwentheid te bewys; maar inderdaad is die doel slegs om konsekwentheid te bewys ten opsigte van enige van die geskilpunte wat deur die klaagster se getuienis gedek word – wat kan insluit die handeling, die identiteit van die misdadiger of die aan- of afwesigheid van toestemming.
>
> Dit is belangrik om te besef dat die klagte geen sterker bewyskrag as bogemelde het nie. Dit bewys nie die inhoud

van die klagte nie; dit is geen stawing van die klaagster se getuienis nie – die reël dat 'n getuie homself nie kan staaf nie word nie verslap nie."

Met bogenoemde as agtergrond wil ek graag die volgende opmerkings maak:

1 Daar moet vir beter begrip van die hantering van bewysmateriaal tussen die volgende begrippe onderskei word:

1 1 *Voorleggingstoelaatbaarheid:* Sekere "bewysmateriaal" is, in die lig van die omstandighede van 'n betrokke saak, hoegenaamd nie voorleggingstoelaatbaar aan die hof nie. Die vorige veroordelings van 'n beskuldigde is byvoorbeeld, behalwe in sekere uitsonderlike gevalle, voor skuldigbevinding geheel en al ontoelaatbaar. Hieruit blyk ook dat getuienis vir een fase van die strafproses ontoelaatbaar en vir 'n ander toelaatbaar kan wees. Sekere getuienis is weer slegs voorleggingstoelaatbaar as daar aan 'n sekere voorwaarde voldoen word. So is die inhoud van 'n bekentenis slegs voorleggingstoelaatbaar as bewys is dat dit vrywillig gemaak is.

1 2 *Oorwegingstoelaatbaarheid:* Alle getuienis wat aan die hof voorgelê is, kan nie noodwendig deur die hof oorweeg word nie. Aangesien die klagte by geslagsmisdade supplementêre getuienis is, kan dit slegs (positiefregtelik) as getuienis oorweeg word as die klaagster self getuienis aflê. (Sien my artikel "Die Klagte by Seksmisdade" 1978 *De Jure* 18 en weer 242.) Hoewel dit soms gebeur dat die reg aan die regspreker voorskryf om sekere getuienis wat aan hom voorgelê is nie te oorweeg nie, is die menslike besluitvormingsmeganisme van so 'n aard dat genoemde getuienis tog op een of ander wyse 'n invloed daarop kan hê – kennis en ervarings verdwyn nie sonder meer uit 'n mens se breëre psigiese struktuur nie.

1 3 *Bewyswaarde:* Alle getuienis wat aan die hof voorgelê en oorweeg kan word, het nie noodwendig betekenisvolle bewyswaarde nie. Die bewyswaarde van getuienis is van die veelvuldige omstandighede van elke geval afhanklik.

Die klagte by geslagsmisdade behoort sowel voorleggings- as oorwegingstoelaatbaar te wees. Die bewyswaarde daarvan moet in die lig van die omstandighede van die betrokke geval bepaal word.

2 Dit bring ons by die volgende vraag: wat kan met die klagte bewys word? In die onderhawige saak is twee standpunte geopper:

2 1 Hoofregter Hiemstra wil dat die klagte klaagster slegs staaf ten aansien van afwesigheid van toestemming. Afgesien van die feit dat die klagte positiefregtelik ook toelaatbaar is by sekere misdade waar afwesigheid van toestemming nie 'n element is nie, is dit so dat afwesigheid van toestemming soms dadergerig is – afwesigheid van toestemming sou dus slegs ten aansien van 'n besondere dader(s) bestaan: die dader se identiteit is dus relevant by die vraag of daar toestemming bestaan of nie.

'n Ander argument teen dié benadering is dat as die klagte die klaagster se getuienis staaf of versterk ten aansien van afwesigheid van toestemming, dan verhoog dit meesal ook algemene geloofwaardigheid en staaf of versterk dit haar ook ten aansien van haar ander getuienis. 'n Getuie se geloofwaardigheid kan selde in brokstukke opgedeel word.

2 2 Regter Steenkamp, op die voetspoor van Schmidt, is van mening dat die klagte slegs ten doel het om konsekwentheid te bewys. Hiermee kan akkoord gegaan word. Ek kan egter nie saamstem met die opmerking dat dit nie stawende getuienis is nie. Waarom word dit dan hoegenaamd toegelaat? (Sien my artikel hierbo vermeld op bladsy 244.)

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

LIPSCHITZ v WATTRUS 1980 1 SA 662 (T)

Administrative law – ultra vires doctrine – company law – powers of master for appointment of trustees and liquidators

An agent of the executive, whether an administrative official, statutory tribunal, or even the state president himself, may validly exercise only those powers which are granted to him or it by the governing statute, or by a governing provision of the common law (ie the executive prerogative, which is itself strictly circumscribed and which "does not derive its lawfulness from any vague and elastic notion of executive sovereignty" (Schreiner JA in *Sachs v Donges* 1950 2 SA 265 (A) 307)). This may be conveniently described as the *principle of legality* and it forms the basis of our administrative law (see eg Wiechers *Administratiefreg* (1973) 16). The principle of legality implies that any act done by an agent of the executive which is not so authorized, will be invalid and subject to review by the supreme court under the common law (*Johannesburg Consolidated Investment Co v Johannesburg Town Council* 1903 TS 111 115). This applies even where the agent *ostensibly* confines itself within the scope of its powers (*African Realty Trust Ltd v Johannesburg Municipality* 1906 TH 179 182; approved on appeal: 1906 TS 908 913). The simple justification for this is that the agent concerned will have acted *beyond its powers*; and for this it has no authority or capacity. The principle is very simple, and it is incorporated in one doctrine: ultra vires. Of course, there are many aspects to the doctrine and an agent can act ultra vires in different ways. Briefly these are: *absence of jurisdiction* (acting where no ostensible authority exists, misconstruing powers and jurisdictional facts etc); *abdication of discretion* (failure to exercise a discretion where this is required, fettering of discretion through a rigid policy, acting under dictation, failure to apply one's mind to the issue etc); *abuse of discretion* (acting fraudulently or mala fide, taking into account irrelevant considerations or acting for improper – though not necessarily mala fide – purposes, unreasonableness(?)); and *procedural ultra vires* (failure to follow the procedures required by statute or, in the case of the principles of natural justice, by the common law). Nevertheless, despite the variety, "in considering whether the proceedings of any tribunal should be set aside on the ground of illegality or irregularity, the question always appears to resolve itself into whether the tribunal acted ultra vires or not" (Milne AJ in *Estate Geekie v Union Government* 1948 2 SA 496 (N) 502).

Like so much else in our administrative law, the ultra vires doctrine comes to us from English law where it had originally been borrowed from company law (although it has, in administrative law, been developed in a substantially different fashion) and where it has, together with error on the face of the record, which is not part of our law, been the broad basis for review of administrative action. (See *Short v Poole Corporation* 1926 1 Ch 66 (CA) esp 91, specifically cited with approval in *Greene v Pietermaritzburg Corporation* 1928 NPD 86 92–93 and *Estate Geekie* 502.) Although the doctrine is not as simple as its two words suggest – many of its facets have to be interpreted as being *implied* in the statute by common law rather than appearing in the express words of a statute (cf *Johannesburg Consolidated Investment Co* 123; *Sachs v Minister of Justice* 1934 AD 11 38) – it has the attraction of conveniently describing the true constitutional basis of any judicial review of administrative action: we accept the ideology of constitutionalism and the notion of limited government, and if any public agent acts when it has no legal authority to do so, or acts in a manner not permitted by law, it simply acts beyond its powers (ultra vires) and the courts have a right to interfere.

However, despite these advantages of

simplicity and consistency, some South African commentators have thought it necessary to distinguish between acts which are ultra vires because of an absence of "*jurisdiction*," and acts which are ultra vires because of the *manner* in which the power is exercised or because of a common law requirement (as opposed to a statutory requirement) which has been ignored. They seem to assume that the ultra vires doctrine covers the question of jurisdiction, but falls short of other requirements for legality such as the common law principles of natural justice (e g Rose Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* (1963) 92–93) or "subjective" requirements such as applying one's mind to the exercise of the discretion (e g Wiechers *Administratiefreg* 184). Unfortunately this approach seems to stem from a misunderstanding of the way in which the ultra vires doctrine has been developed in England. In fact ultra vires has, in England, been interpreted so as to embrace all the grounds of review outlined above. There is no space here to deal with the English case law to support this. Suffice it to refer to the leading commentators on the matter who, with the exception of De Smith and Foulkes (who seem to regard natural justice as a separate ground for review from that of ultra vires), all lend support to this broad interpretation. (See Wade *Administrative Law* 4th ed (1977) 40–41 and esp 1977 *LQR* 8 11; Garner *Administrative Law* 5th ed (1979) 125; Griffith and Street *Principles of Administrative Law* 5th ed (1973) 211–212 and Bailey, Cross and Garner *Cases and Materials in Administrative Law* (1977) 154–155. Cf De Smith *Judicial Review of Administrative Action* 3rd ed (1973) 246; Foulkes *Introduction to Administrative Law* 4th ed (1976) 136 155.) Until now there has been no reason to assume that this was not also the case in South Africa and that *Estate Geekie* is not good law. However, a recent full bench decision of the Transvaal court, *Lipschitz v Wattrus* 1980 1 SA 662 (T), has endorsed the views of Wiechers and Rose Innes by placing an extremely narrow interpretation on the meaning of ultra vires. In doing so, the decision has, in my view, highlighted the very worst effects of such an approach.

Lipschitz, a registered chartered accountant and auditor, specialised in and was employed for the purpose of administering deceased and insolvent estates and liquidating companies. He was employed by one of the largest organisations in this field and had held, since 1966, approximately 1 500 appointments as sole and joint trustee, liquidator and judicial manager (664). He was on the master's register of names eligible for provisional appointments. In May 1975 a complaint was lodged against him concerning his administration of a certain company in liquidation. The upshot of this was that he was, together with a joint liquidator, charged with fraud and, alternatively, theft. However, in October 1977 he was acquitted on both counts (665).

After perusal of the record of the criminal proceedings, and apparently as a result of other complaints lodged against Lipschitz, the master, it was alleged, issued a directive to his assistant master in terms of which the appellant was to be permanently disqualified from any appointment as a provisional or final trustee, liquidator or judicial manager. Lipschitz challenged this action by seeking an order against the master declaring the issuing of the directive to be ultra vires the latter's powers and setting it aside, as well as a further order directing the master "to give due and proper consideration to nominations and recommendations for his appointment to any of the above offices." Although the master denied that he had issued the directive and asserted that he had merely instructed that Lipschitz be removed from his register of names (667G–H), Eloff J, in the court a quo, found on the facts that the directive had in fact been issued (668B). However, he dismissed the application, apparently on the same basis as the reasoning of the full bench which is presently under consideration (668B).

Lipschitz then appealed to the full bench which, in a decision given by Myburgh J, with Nicholas and Van Dyk JJ concurring, dismissed the appeal.

On the first issue, viz whether the directive was ultra vires, Myburgh J accepted the finding of Eloff J that the directive had in fact been issued (668B). But he inferred that the master was entitled to issue instructions to assistant masters. This he did by referring to section 17(c) of the Public Service Act 54 of 1957 (which provides that disobedience of a lawful order given by a person in authority in the public service constitutes misconduct), and section 2(1) of the Administration of Estates Act 66 of 1965 (which provides for the appointment, inter alia, of assistant masters, "who may, subject to the control, direction and supervision of the Master, do anything which may lawfully be done by the Master") (669B–E). He then pointed out that the master (including the assistant master) appoints provisional trustees (s 18(1) of the Insolvency Act 24 of 1936), must confirm the election of final trustees (s 56(1) of Act 24 of 1936) and may, in terms of section 57(1) of the same act, decline to appoint a trustee who was elected by creditors if he is disqualified from holding such office by section 55, or if he has failed to give security as required by section 56(2), or if "in the opinion of the Master the person should not be appointed as trustee to the estate in question" (s 57(1)). He then canvassed the very similar, analogous provisions regarding provisional and final liquidators of companies (s 367, 368, 370(1), 429 and 431 of the Companies Act 61 of 1973). In the light of these statutory provisions, Myburgh J concluded that the power of the master to appoint *provisional* liquidators and trustees is "an unfettered and sole administrative discretion" (671G) and that it was an "administrative or executive duty" (672C); and that the power to make *final* appointments was an administrative act (which may nevertheless be delegated, always subject to the master's "control, direction and supervision") (672E–G). However, he held that although provisional appointments may be attacked "in review proceedings on the basis that the Master failed to exercise his discretion at all, that he acted *mala fide*, or was motivated by improper considerations" (672C), in the present case, "as the only issue to be decided [was] whether the 'directive' was *ultra vires* the respondent's powers, the point taken on the provisional appointments must fail" (672D). And in so far as final appointments were concerned, although "[i]t may be that by reason of such a 'directive' a refusal to confirm in a particular case may be liable to be set aside on the recognised grounds of review of administrative acts," "[s]uch a failure to exercise his discretion properly would not render his 'direction' *ultra vires* his powers and duties" (672F–G). In reaching this conclusion the judge relied solely upon Rose Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* 93 and Wiechers *Administratiefreg* 182 277 (672G–673B).

This part of the judgment in the *Lipschitz* case is, in my opinion, an illustration of the appalling consequences which can flow from an unquestioning reliance upon academic commentary rather than the cases themselves. In this case there was not one case authority to support either author, yet their narrow interpretation of the ultra vires doctrine was accepted by the court, and a man who, it is submitted, clearly has legal grounds for a remedy in administrative law, has been denied it on the basis of an artificial distinction between ultra vires and other grounds for review. *Estate Geekie* was not even referred to. In fact the irony of the decision is that both Rose Innes and Wiechers very laudably wish to *extend* the ambit of judicial review by their distinction (see Rose Innes op cit 92–93 and Wiechers *Administratiefreg* 184–185; "Die Legaliteitsbeginsel in die Administratiefreg" 1967 *THRHR* 309, esp 322–323). The immediate effect of their approach, as it was inter-

preted in the *Lipschitz* case, is to *narrow* the grounds for review.

What grounds would Lipschitz have had for succeeding had the court adopted the approach in *Estate Geekie* and interpreted the first prayer for relief as embodying any of the various grounds for review mentioned in the first paragraph of this case note? He would have had, on the facts found (namely that the directive had been issued by the master to his assistant), one of two grounds: In the first place, by issuing a directive prohibiting Lipschitz's appointment as a provisional or final liquidator or trustee, the master was *dictating* to the assistant master as to whom he may appoint as provisional or final liquidator or trustee. This would mean that the assistant master was acting under dictation as to how he should exercise his discretion. And this would constitute a reviewable irregularity as he would have failed to exercise a discretion which is required of him (see eg *Chotabhai v Union Government* 1911 AD 13 26; *Leach v Secretary for Justice, Transkeian Cabinet* 1965 3 SA 1 (E) 12G–13A). When the assistant master exercises these powers, he acts as the master himself, even though he is under the latter's direction and control (cf *Changuion v Secretary for the Interior* 1971 1 SA 1 (A) 11F–H). However, as the assistant master was not joined in Lipschitz's application, the court could not have been expected to consider this argument. In the second place, the master by issuing the directive was fettering his *own* discretion. This is beyond *his* powers and constitutes a reviewable irregularity. (See eg *Britten v Pope* 1916 AD 150 172; *Brooks v Kemp* 1955 1 SA 505 (W) 509A–C. In the latter case such action was accepted as "*ultra vires*" (510C–D).) While the master could have taken into account any relevant factor whilst considering Lipschitz's fitness for an appointment, including complaints levelled against him, he is required to exercise his discretion afresh on each occasion when considering the merits of a new application for an appointment. As it was the master's directive which was challenged, and as it clearly constituted a fetter on his discretion (permanent disqualification) regarding future appointments, it is submitted that there was on the facts a clear case of irregularity and a ground for ordering that the directive be set aside.

It is interesting to note that the judge referred (671–672) to only one case, *Hartley v The Master* 1921 AD 403, in support of his conclusion that the master's powers are "unfettered" and "solely administrative." That case was not concerned with the power of provisional or final appointments and, although it makes no difference to the grounds for review in the *Lipschitz* case, it is worth referring to a judgment which *was* concerned with such appointments: *In Re Delmas General Stores Ltd* 1918 TPD 31. There Bristowe J held that the power to make such appointments ought to be exercised "judicially" (33–34). Although the power of making such appointments is now in the hands of the master and not the court (as it then was), it is an indication of the importance with which the courts considered this function. Surely one can assume that it has diminished no less in importance merely because it has been transferred to a member of the administration?

This interpretation of the meaning of ultra vires is not merely a question of terminology. Either the doctrine of ultra vires applies or it does not. But if it does then it should not be a doctrine of ultra vires in any "narrow sense" (see eg Taitz "'But 'Twas a Famous Victory'" 1978 *Acta Juridica* 109 116) for this will lead to the situation in which Lipschitz has found himself. This may even be a good argument for supporting Wiechers' suggested abandonment of the doctrine of ultra vires and his adoption of the concept of *legality* (1967 *THRHR* 309). This is so not because of the defects in the doctrine itself, but rather because it is conceivable that judicial attitudes to the executive may vary according to pre-

vailing political and social circumstances, and a narrow interpretation of ultra vires could be used by an executive-minded court as a device for avoiding review. The reason for the stagnation of administrative law in England before the sixties was not, as lord Reid showed in *Ridge v Baldwin* 1964 AC 40 73 f, because of any defects in the common law, but rather as a result of the judges' attitudes.

LG BAXTER
University of Natal

DORKLERK INVESTMENTS (PTY) LTD v BHYAT 1980 1 SA 443 (W)

Roekelose of bedrieglike optrede – artikel 424 *van die Maatskappywet* 61 *van* 1973

Alhoewel 'n maatskappy as regspersoon 'n aparte bestaan van sy lede voer, word hierdie beginsel tog somtyds deur die wetgewer genegeer. 'n Voorbeeld van die statutêre miskenning van die maatskappy as regspersoon word gevind in artikel 424 van die Maatskappywet 61 van 1973. In breë trekke bepaal die betrokke artikel dat wanneer dit blyk, hetsy in likwidasie, geregtelike bestuur of andersins, dat enige besigheid van die maatskappy roekeloos of met die opset om skuldeisers van die maatskappy te bedrieg, gedryf is of gedryf word, die hof op aansoek kan verklaar dat 'n persoon wat wetens 'n party was by die dryf van die besigheid op die voormelde wyse, persoonlik verantwoordelik is, sonder beperking van aanspreeklikheid, vir al of enige van die skulde van die maatskappy. (Hierdie artikel se voorganger was a 185bis van die vorige Maatskappywet 46 van 1926. Die huidige artikel bevat egter 'n paar belangrike verskille. Ingevolge dié artikel kan die hof so 'n verklaring maak selfs al is die maatskappy nie onder geregtelike bestuur of gelikwideer nie. Dit is ook van toepassing op enige persoon hoegenaamd wat wetens 'n party by die dryf van die besigheid was. Dit kan dus ook op ander persone as direkteure, beamptes en lede van toepassing wees. 'n Innovasie in die huidige artikel is die invoeging van die woord "roekeloos.")

Afgesien van die feit dat 'n betrokke persoon persoonlik aanspreeklik gehou kan word vir die skulde van die maatskappy, maak die artikel ook voorsiening vir strafregtelike aanspreeklikheid (subartikel 3 en sien ook a 441(1)(b)) sonder om afbreuk te doen aan enige ander strafregtelike aanspreeklikheid wat opgeloop kan word. (Lg het natuurlik betrekking op gemeenregtelike aanspreeklikheid op grond van bedrog.) In *Dorklerk Investments (Pty) Ltd v Bhyat* 1980 1 SA 443 (W) het die hof die huidige artikel vir die eerste keer oorweeg. Die feite was kortliks soos volg: Die applikant was die eienaar van 'n sekere perseel wat geokkupeer is deur 'n maatskappy waarvan respondent 'n direkteur en aandeelhouer was. Applikant het 'n bevel verkry vir die uitsetting van die maatskappy, welke bevel egter nie ten uitvoer gelê is nie aangesien die maatskappy sonder sukses eers na die provinsiale afdeling en daarna na die appèlhof geappelleer het. Die maatskappy is op aansoek van die respondent en andere gelikwideer direk nadat laasgenoemde appèl van die hand gewys is. Applikant het reeds voor likwidasie 'n ongelikwideerde vordering teen die maatskappy gehad vir skadevergoeding weens nie-ontruiming van die perseel. Na likwidasie van die maatskappy het dit geblyk dat daar te min fondse was om applikant se vordering te betaal terwyl groot bedrae voor likwidasie deur die maatskappy aan die respondent en andere betaal is ten opsigte van vorderings wat hulle teen die maatskappy gehad het.

Applikant het aangevoer dat respondent die besigheid van die maatskappy gedryf het op 'n roekelose wyse en met die oogmerk om applikant te bedrieg. Daar is aangevoer dat dit respondent se

bedoeling was om te verseker dat die maatskappy min of geen bates oor sou hê nie wanneer die applikant, na 4 jaar se onsuksesvolle appèlle aan die kant van die maatskappy, eindelik daarin sou slaag om 'n uitsettingsbevel teen laasgenoemde te verkry. Op 446E–F van die hofverslag word verklaar:

> "The applicant's counsel realised that the conduct of the company in appealing as it had done could not in itself be described as fraudulent or reckless. Consequently he shifted his stance somewhat and contended that it was fraudulent or reckless on the part of the company to ensure that the cupboard was bare when the appeals were over. His submission was that that constituted moral blame as contemplated by the section."

Die hof bevind dat die bedrae wat aan respondent en andere betaal is werklik verskuldig en opeisbaar was. Betaling van die vorderings voor likwidasie kan wel moontlik neerkom op onbehoorlike of vernietigbare voorkeure, maar daarvoor bestaan daar spesifieke remedies ingevolge die Maatskappywet 61 van 1973 (a 340) en die Insolvensiewet 24 van 1936 (a 29). So 'n aksie kan slegs ingestel word deur die likwidateur en nie deur 'n skuldeiser nie. Waar die likwidateur weier om die nodige stappe te doen sou die skuldeiser namens hom so 'n aksie kon instel (a 32(1) van die Insolvensiewet). Die hof bevind dat die respondent se handeling (om die vorderings te betaal) in elk geval nie neergekom het op bedrog of roekeloosheid ingevolge artikel 424(1) nie.

Die benadering van die hof moet verwelkom word. Artikel 424 verleen 'n wye diskresie aan die hof en is, soos reeds gemeld, 'n afwyking van die normale beginsels van die maatskappy as regspersoon. Om op die feite anders te bevind, sou beteken dat elke vernietigbare of onbehoorlike voorkeur bedrog of roekeloosheid daar sou stel met gevolglike persoonlike aanspreeklikheid van direkteure van 'n maatskappy ingevolge artikel 424.

Die *Dorklerk*-gewysde moet onderskei word van die geval waar 'n maatskappy reeds insolvent is, maar sy direkteur voortgaan met die besigheid en verdere aankope op krediet maak. So byvoorbeeld word daar in *Re William C Leitch Brothers* (1) 1932 2 Ch 71 77 verklaar:

> "If a company continues to carry on business and to incur debts at a time where there is to the knowledge of the directors no reasonable prospects of the creditors ever receiving payment of those debts, it is, in general, a proper inference that the company is carrying on business with intent to defraud."

Alhoewel die hof nie kennis geneem het van die uitspraak in *Re Sarflux Ltd* 1978 Law Society's Gazette 7 Junie 746 nie, is die feite van gemelde gewysde in pari materia en steun dit die houding van die hof in die *Dorklerk*-gewysde. Daar is beslis dat die blote feit dat direkteure bates voor likwidasie vervreem het wat na likwidasie op 'n vernietigbare voorkeur neergekom het, nie noodwendig beteken dat hulle besigheid bedryf het met die oogmerk om ander skuldeisers te bedrieg nie. Die vraag ontstaan of 'n skuldeiser wat om een of ander rede nie die maatskappy wil likwideer nie, geregtig sou wees om van artikel 424(1) se remedies gebruik te maak in omstandighede waar die hof, na likwidasie, 'n betrokke vervreemding as 'n vernietigbare voorkeur of onbehoorlike voorkeur ter syde sou gestel het. Met ander woorde, in stede van van sy normale remedies ingevolge die insolvensiereg gebruik te maak, doen hy aansoek om 'n bevel ingevolge artikel 424(1). Alhoewel regspraak oor hierdie punt ontbreek, behoort so 'n aansoek 'n hof se ernstige oorweging te verdien. Die betrokke artikel maak juis voorsiening daarvoor dat so 'n aansoek gerig kan word selfs al verkeer die maatskappy nie in likwidasie nie. Alhoewel die hof in sulke omstandighede nie die gewraakte regshandeling nietig sal kan verklaar nie, kan 'n persoon persoonlik aanspreeklik gehou word vir sommige of alle skuld van die maatskappy. 'n Aansoek ingevolge artikel 424 sal gewoonlik net die moeite werd wees indien die persoon wat aanspreeklik gehou word oor genoeg bates beskik wat te gelde gemaak kan word.

Uit die oogpunt van die insolvensiereg is dit interessant om daarop te let dat, toegepas op die feite van die *Dorklerk*-gewysde, dit voordeliger vir 'n skuldeiser kan wees om 'n maatskappy as insolvent te hê as 'n natuurlike persoon as insolvente skuldenaar. 'n Skuldeiser sou, in die geval van 'n natuurlike insolvent wat 'n geldige skuldverpligting teenoor 'n ander skuldeiser nagekom het, slegs kan aandring op die nietigverklaring van die regshandeling, wat tot gevolg het dat die kurator die vervreemde goed kan invorder. By implikasie het die hof in die *Dorklerk*-gewysde egter die moontlikheid oopgelaat dat die skuldeiser van 'n maatskappy wat gelikwideer is, iemand anders benewens die werklike skuldenaar, byvoorbeeld 'n direkteur, ingevolge artikel 424 persoonlik aanspreeklik kan hou selfs nadat daar ingevolge die Insolvensiewet aansoek gedoen is om die nietigverklaring van byvoorbeeld 'n vernietigbare voorkeur.

In die *Dorklerk*-gewysde was die feite sodanig dat die hof nie 'n bevel ingevolge artikel 424 gemaak het nie. So byvoorbeeld bevind die hof (447A) met betrekking tot moontlike vernietigbare of onbehoorlike voorkeure:

> "They were made openly, and all appeared in the company's books. The motor cars which had been disposed of by the company were all openly disposed of, and fair prices were debited in respect of them against directors' loan accounts. The respondent submits therefore that s 424(1) has no application and that for this reason alone the application should be dismissed. In my opinion, the respondent is correct in this submission. If it were otherwise, *every* voidable or undue preference would constitute fraud or recklessness, and would render directors of a company in liquidation liable under s 424(1)" (my kursivering).

By implikasie word die moontlikheid dus erken dat sommige vernietigbare regshandelinge sou kan neerkom op roekelose of bedrieglike regshandelinge wat 'n toepassing van artikel 424(1) kan regverdig. Byvoorbeeld, 'n direkteur kom 'n geldige verpligting namens die maatskappy na, maar verswyg dit of dit word nie in die boeke geopenbaar nie. 'n Ander moontlikheid is dat die direkteur se leningsrekening met 'n kunsmatige bedrag gedebiteer word wat nie verband hou met die werklike waarde van 'n bate van die maatskappy wat oorgeneem word nie. As sodanig is dit 'n slaggat waarmee direkteure van 'n maatskappy wat in finansiële probleme verkeer, deeglik mee rekening sal moet hou.

Dit staan bo twyfel dat artikel 424 'n magtige wapen in die hande van skuldeisers sal bly. As sodanig behoort dit 'n temperende invloed uit te oefen op direkteure wat oorhaastig optree tot nadeel van skuldeisers van 'n maatskappy. Alhoewel die regspersoonlikheid van die maatskappy genegeer word, is dit 'n doelgerigte poging van die kant van die wetgewer om skuldeisers in die algemeen te beskerm teen misbruik wat kan voortvloei uit 'n te strenge toepassing van die konsep van die maatskappy as regspersoon.

JSA FOURIE
Universiteit van Stellenbosch

FLUGEL v SWART 1979 4 SA 493 (E)

Mora debitoris – demand for performance – requirements

There being so many cases on mora, it is remarkable that there has been so little discussion on the minimum requirements for a demand for performance. One of the points that is clear is that such a demand must mention a particular day by which performance is to be rendered: Van Zijl Steyn *Mora Debitoris volgens die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* (1929) 53; *Nel v Cloete* 1972 2 SA 150 (A) 159H. These authorities say that the aggrieved party

may require performance "op 'n bepaalde dag of binne 'n bepaalde tyd" (Steyn); "op of voor 'n bepaalde dag" (*Nel*'s case loc cit per Wessels JA). That part of professor Van Zijl Steyn's statement which indicates that the aggrieved party may require performance on a particular day, and therefore on no other, does not seem to be correct. The function of a demand for performance is not to stipulate a day on which alone performance may be rendered, but to nominate the date on which, in the opinion of the party giving notice, failure to perform ceases to be a minor breach and becomes a major breach: see the present writer's *The Principles of the Law of Contract* (hereinafter referred to as *Contract*) 3rd ed (1980) 372–373. Performance at any time before that date is competent. When one says, as in *Nel*'s case, that performance is to be "on or before" a particular day, performance before that day is permissible.

It is also said that the demand must be "ondubbelsinnig" (*Nel*'s case 159H per Wessels JA). This does not mean that the aggrieved party must use the words "I demand performance." The context may make it clear that performance is required by the specified date (*Contract* 362–363). (It should be noted that there is an error of transcription in *Flugel v Swart* 1979 4 SA 493 (E) 502C: the word "contentions" in the quotation from *Ponisammy v Versailles Estates (Pty) Ltd* 1973 1 SA 372 (A) 385A–B should read "contention," ie in the singular. It was the contention concerning rescission, and not that concerning placing in mora, that the appellate division found incorrect. The notice was effective to put the other party in mora (see 387H).)

The standard of precision required for a demand to be effective was one of the questions raised in *Flugel*'s case above. Certain immovable property had been sold and problems arose concerning an alleged cancellation of the contract (495C 501B–C). There was a long history of negotiations on the point. A letter dated 16 November 1976 asked for "payment of, say, R600 as soon as possible" (501E). This was followed by another on 18 November 1976 saying that

> "'unless Mr Swart is in a position to make a substantial payment towards the arrears due by him in respect of his bond and in respect of municipal rates, he will be reluctantly compelled to take steps to resell the property 10 days from the date of this letter.'"

Then, in the words of Kannemeyer J (501G–H):

> "On 29 November 1976 Orsmond [the seller's attorney] sent a telegram to Swart's [the purchaser's] attorneys reading:
>
> > 'Swart/Nijhuis refers. Position now desperate. Burglars entered house Thursday. Flugel reports grass dangerously high and we instructed to cancel sale.'
>
> On the same day Orsmond wrote annexure P to Swart's attorneys. It repeats the telegram and continues:
>
> > 'Our Grahamstown correspondents advise that they will be requiring a deposit in this matter and you will appreciate, therefore, that, unless Mr Swart is able to find funds shortly, we can do nothing but cancel the sale.'
>
> Finally on 20 December 1976 Orsmond wrote annexure R to Swart's attorneys, in which he says:
>
> > 'He (Flugel) has instructed me to state that unless some settlement is arrived at by 17 January 1977, the sale will be cancelled and the property resold.'"

Clearly the telegram and letter on 29 November 1976 evidenced an intention to cancel in future. They were notices of intention to cancel (*Contract* 362–364). As they did not mention a precise date they did not put the other party in mora. But what of the letter of 20 December 1976? Counsel for the purchaser argued that that letter "at most, placed Swart *in mora* only" (502E). "[T]his," said Kannemeyer J (ibid), "is not correct." He then referred to *Nel*'s case, above, pointed out that Flugel's attorney had accepted and retained R500 paid by Swart after 17 January 1977 (the date mentioned in

the letter of 20 December 1976), and concluded this section of the opinion by saying (503A):

> "In the result, as he failed to place Swart *in mora*, Flugel was not entitled to cancel the contract and resile from it by selling to another party."

In my opinion, instead of approaching the question from the point of view that placing in mora is a prerequisite of cancellation (a proposition which *Nel*'s case 162C shows to be erroneous; see also *Contract* 362–363) the court could with advantage have asked, first, was the letter of 20 December 1976 a notice of intention to cancel, and, second, if so, was it of such a nature that, in addition, it put Swart in mora? That it was a notice of intention to cancel does not seem to be open to doubt (*Contract* 362–364). On the second point Kannemeyer J said (502H–503A):

> "None of these letters [including that of 20 December 1976] demand in unambiguous terms that Swart should perform his obligations under the contract by a certain date."

Looked at as a notice of intention to cancel, the letter of 20 December 1976 (quoted above in the third paragraph of this case note) was unambiguous. It said in effect: "I will cancel the sale if you do not come to some arrangement with me on or before 17 January 1977." As nothing was in fact arranged, the legal position on 18 January 1977 was, it is suggested, that Flugel was then entitled to cancel the contract, ie he had an election (*Contract* 363–364). By accepting R500 after 17 January 1977 (503A) he seems to have elected to keep the contract in being.

The question whether the letter of 20 December 1976 put Swart in mora is distinct from that relating to cancellation. Clearly the telegram and letter of 29 November 1976, which specified no date, did not put him in mora. Once a date is incorporated, as in the letter of 20 December 1976, the question becomes: can a notice of intention to cancel which specifies a date, reasonable in the circumstances, put the other party in mora? On the authority of *Ponisammy*'s case, above, where there was an extension of time to 23 January 1971 by which date performance was not rendered (380F 381G); where it had been made clear that no further extension would be granted (380F–G 386A–B) and that failing performance "is die hele koop afgedaan. Hy is klaar, hy is verby" (ibid); and where it was said (387H per Muller JA) that "the plaintiff company would, after 23rd January, 1971, have been *in mora*;" the answer is, it is thought, clearly "Yes." Hence, it is suggested that in *Flugel*'s case Swart was in mora on 18 January 1977. However, before anything further was done the R500 tendered by Swart was accepted and retained (503A). This, it is thought, in addition to indicating an election to keep the contract in being (see above), terminated mora: Voet 22 1 17; 22 1 30; Steyn op cit 113–116. It follows that once the R500 had been accepted and retained, Swart was no longer in mora and *Flugel* no longer had the opportunity to cancel the contract which the letter of 20 December 1976, followed by non-performance on or before 17 January 1977, had given him.

AJ KERR
Rhodes University

Boeke

JC NOSTER, 'N FEESBUNDEL

geredigeer deur JJ GAUNTLETT

Butterworth, Durban 1979; x en 182 bl; prys R18,50 plus 74c AVB

Ander, soos James Yeats, was beter dosente as professor De Wet. JC het teks voorgedra, nie verduidelik nie. Sigaret in die hand, oë op die agterste plafon, heen en weer op die platform – tot op die presiese moment wanneer die klok lui, en dan stap hy uit. Eers die volgende lesing, as hy op sy stukke was, het hy die sin voltooi. Sonder 'n sin vir effek was hy nie, maar met genoeg van 'n vonkeling dat almal kon weet dis vir ons edifikasie, en nie uit eiewaan nie. Met 'n *Kontraktereg* of *Strafreg* voor jou kon jy die teks soms woordeliks met jou potlood volg, en in die proses uitvind watter voetnote vir doeleindes van die volgende mondeling belangrik was. En tog was JC se klasse nie vervelend nie. Vroeër of later kom 'n sweepslag teen die een of ander uitspraak wat die punt mis of, as die punt wel ingesien is, nie behoorlike erkenning aan die eintlike bron van insig gee nie. Ons het JC dit gegun om soms uit die hoogte te praat. Dit was sy goeie reg. En JC se goeie reg was die Romeins-Hollandse reg van Stellenbosch. Daardie reg, het hy verkondig, is eenvoudig. Dis nie nodig vir regters en die wetgewer om dit moeilik te maak nie. Moeilike reg is swak reg. Altans so onthou ek dit. JC het die skerpsinnigheid en deskundigheid gehad om deur die aanpaksels te breek, die patroon en simmetrie van die reg bloot te lê, en in enkele sinne glashelder te beskryf. Plek-plek het hy die reg tot 'n fyn kuns verhef.

In ons oë, sy studente van die jare vyftigs, was JC nommer een. Nie uniek nie. Oubaas Mort was uniek. Maar die fakulteit was JC. Wat weer eens toon dat dit by 'n dosent, soos by 'n goeie onderwyser, nie soseer gaan oor wat of hoe hy jou leer nie, maar oor wat hy is. Hoe skerper die stempel, hoe duideliker die afdruk.

Ons het JC vereer en gerespekteer. Ons was trots om sy studente te wees. Ons beskou ons steeds as bevoorreg. Hy kon saam met ons koffie drink, met smaak oor sy kollegas stories vertel (hulle oor hom ook), skeidsregter speel by interklas-rugbywedstryde, saam partytjie hou by die jaarlikse afskeidsgeleentheid. Maar familiêr was ons nooit nie. Daarvoor was sy standaarde van integriteit en kwaliteit te onverbiddelik. Oor aansitterigheid en sentiment was hy genadeloos. "Mnr X," het hy in een getuigskrif geskryf, "is nie alleen dom nie. Hy is lui ook." Aldus die storie. JC sal jou vandag verseker dat die storie apokrief is, en bowendien was "X" nie dom nie.

Hy kon dwars wees. Onmanipuleerbaar, en soms onvoorspelbaar in sy voorkeure en vooroordele. Maar dan: JC is geen gewone deursneemens nie en vir uitsonderlike mense geld die uitsondering.

Volgens oorlewering het hy besonderhede gehou van elkeen van sy oudstudente. Ek weet dat hy meermale ver

uit sy pad gegaan het om oud-studente te help, op veel meer as net akademiese gebied. Sommige van sy oud-studente het nou, onder aansporing en redakteurskap van Jeremy Gauntlett, 'n boek geproduseer onder die titel *JC NOSTER, 'n Feesbundel.* Dit bestaan uit 'n elftal artikels, voorafgegaan deur 'n voorwoord van lof van regter MR de Kock, en afgesluit met 'n oorsig, deur die samesteller, van JC se publikasies, met 'n bibliografie.

Onder die name van die kontribuante is daar opvallende afwesiges, maar dit is nie die samesteller se skuld nie. Party was seker te besig. Ander was dalk skrikkerig dat JC sou lees wat hulle skryf.

Die eerste artikel is van HJO van Heerden, een van 'n kwartet van cum-studente in sy jaar. Die ander was Frik van Zyl en Nico van der Merwe, albei reeds professore in die regte, en Basil Wunsh, saam met Hennie van Heerden die enigste kontribuant wat nie 'n professor is nie. Op universiteit was Hennie van Heerden, wat temperament, akademiese prestasie en waardigheid betref, 'n professor in wording "par excellence." Maar hy het nie sy belofte vervul nie en is tans net 'n regter. In sy artikel opper hy die vraag of belastingpligtigheid 'n faktor behoort te wees by die berekening van die omvang van skadevergoeding. Hy sê nee, vir 'n verskeidenheid van veral praktiese redes. (Sien ook *Katzenellenbogen Ltd v Mullin* 1977 4 SA 855 (A) 861.)

Basil Wunsh se artikel raak ook aan belasting. Dit handel met die vraag of 'n beslissing van die spesiale inkomstebelastinghof ten opsigte van 'n bepaalde vraagstuk (hetsy dit 'n suiwer regsvraagstuk, 'n suiwer feitlike vraagstuk of 'n mengsel van die twee is) ook ten opsigte van toekomstige appèlle tussen dieselfde partye bindend is. Die geskil mag dieselfde wees, maar die gedingsobjek is nie. Gevolglik ontbreek een van die vereistes vir 'n geslaagde beroep op res judicata. Dieselfde oorweginge van openbare belang wat by res judicata geld, geld volgens hom ook hier. Hy betoog dan ook vir die erkenning van sogenaamde "issue estoppel" as 'n gesonde verweer oor die algemeen en in belastingsake in die besonder.

In sy artikel, getiteld (à la Law Journal) "Die Duiwel, die Hof en die Wil van 'n Kontraktant," bespreek Schalk van der Merwe van RAU op sy kenmerkend diepsinnige wyse die kwessie van wilsooreenstemming as grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid met, as teenkant daarvan, die verweer van dissensus of dwaling. In 'n poging om ons howe se hantering daarvan te rasionaliseer, sê hy dat psigiese wilsooreenstemming wel as uitgangspunt dien, maar dat ons howe daarnaas ook 'n ander grondslag erken naamlik "die vertroue van gebondenheid" wat by die ander kontraktant geskep word, maar wat darem nie estoppel is nie. Sodanige gebondenheid geld egter net ter keuse van die misleide kontraktant. Hy kan die kontrak ewegoed op grond van dwaling oftewel dissensus aanveg. Vir sover die dwaling egter bepaal moet word met verwysing na die werklike wil van die partye, en nie met verwysing na die opgewekte vertroue nie, blyk die skynhandhawing hier, so lyk dit my, 'n kwalifikasie te wees op die vereiste van eenstemmige wil as grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid, eerder as 'n nuwe afsonderlike aanspreeklikheidskriterium. Net so is die vereiste dat dwaling, om operatief te wees, redelik moet wees en/of deur 'n voorstelling teweeggebring moes gewees het, praktiese kwalifikasies daarvan. Wat professor Van der Merwe soek, is 'n nuwe fundamentele stellingname wat al hierdie gevalle onder een dekmantel kan akkommodeer. Dit is nog nie gevind nie – nie dat hy dit voorgee nie. (Sien voorts *Saambou Nasionale Bouvereniging v Friedman* 1979 3 SA 978 (A) en die bespreking daarvan in 1979 *THRHR* 435.)

JC het 'n grappie oor die drie betekenisvolle JC's in die geskiedenis. Professor JC van der Walt van RAU het 'n grappie oor die vier betekenisvolle JC's. Dit kwalifiseer hom reeds vir 'n plek in die bundel, al is hy nie 'n

oud-student van professor De Wet nie. Hy bespreek op indringende wyse die besitsbeskerming wat 'n bona fide-besitsverkryger volgens Suid-Afrikaanse en Nederlandse reg onderskeidelik geniet. Wat die Suid-Afrikaanse reg betref, sien hy – soos ook op ander gebiede van die reg – die aanspreeklikheidsbeperking in die risiko-beginsel. Die objektiewe verwekking van 'n skyn is vir hom sonder meer die skepping van 'n toerekenbare risiko van benadeling. Skuld is onnodig. Om, naas die objektiewe vereiste van risiko-skepping, skuld te vereis, "is 'n oorbeskerming van die eiendomsreg en gevolglik 'n onderbeskerming van die belange van die derde-verkryger." Wat wel, volgens professor Van der Walt in ag geneem moet word, is die belang van die handelsverkeer. Op dié wyse, so voel mens, kan ou gevalle ex post facto verklaar word, maar dis nie so duidelik hoe dit jou help om nuwe gevalle op te los nie.

Professor De Vos van UK is onnodig beskeie oor sy bydrae waarin hy 'n helder uiteensetting gee van die onheldere stand van ons regspraak aangaande onopsetlike wanvoorstelling by kontraksluiting. Sy artikel moet saamgelees word met dié van professor Lubbe wat op uitmuntende wyse die bra lukrake ontwikkeling van die vereistes vir aanvegting van 'n kontrak op grond van skuldlose wanvoorstelling in die Engelse reg skets. Daarmee word sommige van die eienaardighede wat in ons reg in dié verband neerslag gevind het, in perspektief geplaas, byvoorbeeld die vereistes dat 'n wanvoorstelling op 'n feit moet slaan (in teenstelling tot opinies, voorspellings en stellings ten aansien van die reg), asook die hele mistiek van "materiality," "inducement," en kousaliteit.

Andreas van Wyk (in vele opsigte JC se direkte opvolger in titel in die fakulteit) bespreek die verwarring wat moontlik kan ontstaan wanneer die konsekwensies van sekere dicta in *De Wet v Jurgens* 1970 3 SA 38 (A) en *Santam Versekeringsmaatskappy v Roux* 1978 2 SA 856 (A) met betrekking tot die regsaard van skulde van eggenote wat binne gemeenskap van goed met mekaar getroud is, ontleed word.

Professor Loubser, nog een van die nuwe klomp briljante jong professore aan die US, ondersoek die praktiese implikasies van die onderskeid tussen dolus eventualis en dolus directus en kom tot die gevolgtrekking dat dit slegs by strafoplegging werklik 'n rol speel.

Klaus Schwietering, reeds besig met sy tweede geslag studente op Stellenbosch, uiter 'n paar kort gedagtes oor laster, waarheid en privilegie. Sy voorspelling dat die dag sal aanbreek dat ons howe sal erken dat die aanspreeklikheid van 'n koerantbaas vir laster in sy koerant nie op skuld gefundeer is nie, is reed bewaarheid (sien *De Flamingh v Pakendorf* 1979 3 SA 676 (T)). Wat die exceptio veritatis betref, doen hy aan die hand dat die verweer beskikbaar moet wees nie alleen wanneer die openbare belang bevorder word nie, maar ook, in gepaste gevalle, 'n private belang. Ten opsigte van privilegie bevraagteken hy die siening dat dit altyd op regmatigheid slaan, altans in daardie gevalle waar 'n beroep op privilegie ontsenu sou kon word deur bewys dat die verweerder nie in die waarheid van sy uiting geglo het nie. Dan word privilegie 'n skulduitsluitingsgrond – selfs in gevalle van skuldlose aanspreeklikheid.

Professor AC Cilliers is die enigste van ons jaar wat 'n bydrae gelewer het – 'n jaar wat darem 'n paar Kaapse regters, 'n paar professore, 'n sakvol sye en 'n Engelse QC opgelewer het. Selfs destyds het Andries die hardste van ons almal gewerk. In sy artikel betreur hy die invloed van politiek op die volkereg wat, sê hy, die voortbestaan van die volkereg as dissipline bedreig.

Professor John Dugard van Wits wys op die plek wat professor De Wet beklee as 'n voorstander van die sogenaamde "purist school," wat hy beskryf as "essentially a legal method which emphasizes the historical and comparative approach and seeks to relegate English law to the position of

an ordinary system of foreign law, which is to be consulted in the same way as French or German law, and not as a source of law or a system requiring preferential treatment," 'n metode wat hy voorstaan by 'n ondersoek na die hoogs aktuele kwessie van "sovereign immunity" (vgl *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v Republica Popular de Mocambique* 1980 2 SA 111 (T) en *Kaffraria Property Company (Pty) Ltd v Government of the Republic of Zambia* 1980 2 SA 709 (E)).

Op sy manier was en is JC 'n profeet. Twee eredoktorsgrade, 'n ereprofessoraat, 'n spesiale professoraat, en nou 'n feesbundel – volgens enige standaarde geoordeel, is dit eer. Hy verdien dit.

PM NIENABER SC
Pretoriase Balie

HUMAN RIGHTS: THE CAPE TOWN CONFERENCE

edited by CF FORSYTH and JF SCHILLER

Juta and Co Ltd, Cape Town 1979; pp x and 304; price R12,50

ACTA JURIDICA

edited by professor W DE VOS et al

Juta and Co Ltd, Cape Town 1979; pp xii and 434

For purposes of this review these two works will be treated as one due to the fact that the first part of *Acta Juridica* is but a repetition of the first-mentioned work, viz the first international conference on human rights to be held in South Africa.

The presence of three hundred and fifty-three delegates and participants from sixteen countries is ample proof that the conference was an open one; that all opinions were welcome and that no academic barrier was erected to exclude the attendance of anyone. The fact that the conference attracted wide interest in the national and international press and stimulated interest beyond the confines of the conference hall should be a source of inspiration to professor JD van der Vyver, who deserves congratulations on initiating the conference and on putting so much effort into its success.

As will be understood only too well, the subject matter of the conference lends itself to subjectivity – but this is only natural due to the subject itself and the varying personal philosophies of the participants. The latter in itself is a human right!

It is important in a conference of this nature to steer away from constantly stating what could be categorised as being the thesis or the antithesis and to hopefully find the synthesis. As stated by HW van der Merwe in his contribution, those who are emotionally involved in the South African situation often fail to keep an open mind: "'Functionalists' close their eyes to the injustices of racial discrimination and 'conflict' scientists fail to see the need for recognition of ethnic and cultural differences." This in a nutshell defines the whole spectrum of the problem and clearly defines the nitty-gritty of the issue in this specific part of the world.

Few could disagree with professor Van der Vyver's statement where he declares that "[t]he foundational principle involved can perhaps be reduced to a sacred concern for the intrinsic value of human life and an unconditional insistence upon the appraisal of every human being according to his/her individual merit." The problem is, however, applying its intrinsic meaning in any given society – and societies

differ. Not only do they differ as to institutions but also as to the minds and hearts of the people making up that society. This is what makes up the ingrained human behaviour referred to by professor Schlemmer.

As can be expected the various contributors to the conference (whose contributions make up these two works) differ in accent and personal solutions. The sincerity of what was said – despite these differences – is clearly perceived however.

The obvious is stated in many instances, yet it is necessary in some circumstances to do this. If only to remind one of our basic Western democratic and Christian tradition.

The various chapters vary from pinpointing the situation in this country; to human rights in general; to comparisons with other societies (USA, Israel); to international humanitarian law; to the European way of doing it (Council of Europe, etc,); to the freedom of the press.

Whether one agrees or not with the various speakers at the conference (once again the personal philosophy of the individual counts here) the various chapters of these two works should be read, seriously considered and discussed. The wide spectrum of opinions expressed in itself makes these works a valuable contribution to current thinking on this topic.

Part two of *Acta Juridica* consists of four articles and book reviews. The articles conform to the very high standard usually set by *Acta Juridica*.

GN BARRIE
Department of Foreign Affairs and Information

ZULU LEGAL TERMINOLOGY – THE LEGAL MEANING OF SELECTED ZULU WORDS AND PHRASES

by JC BEKKER

Qualitas Publishers (Pty) Ltd, Mandini 1978; pp xi and 37; price R5,90

This 37 page legal handbook of professor JC Bekker is both inspiring and informative. The arrangement of the work (ie alphabetical order and method of citation) facilitates easy reading of the book. The writer's experience with indigenous laws and culture is mirrored in the frequent references to decided cases and other reference work. In my opinion it is this quality which makes the handbook invaluable to legal practitioners, the bench and students of African law.

This work may prove very useful in the commissioners' courts as it may obviate the need for the calling of expert evidence of black assessors in regard to the matters it has covered.

Professor Bekker's book appeared at a time when there have been repeated calls from academic circles for the scrapping of the "repugnancy clause." (See Khumalo *Supplement to Civil Practice and Procedure in All Bantu Courts in Southern Africa* 8; and Peart "The Repugnancy Clause and Customary Law" (unpublished paper read at the conference on Transkeian law held in Umtata in September 1979).) Some writers have gone further and claimed that the "repugnancy clause" was used in the past by the courts "as a blunt instrument to strike down any customary rule (and perhaps even a particular litigant) of which they disapprove" (Allott *Essays in African Law* (1960) 198). I agree with Kwamena Bentsi-Enchill's submissions in 1969 (2) *Zambia LJ* 20 "that on most of the few occasions when this rule has been used as a justification for refusing to apply an alleged principle or rule of native law, the Court was grappling with the

difficult problem of ascertainment and refusing to accept the tendentious and 'unreasonable' contentions made on the part of one litigant or another regarding the character or mode of application of the said principle or 'rule.'"

One can appreciate the quandary in which the courts found themselves: on the one hand, circumstances required them to apply an unfamiliar system of unwritten law; on the other hand, the only source of enlightenment available to them lay in the information gleaned from black assessors – tribesmen called upon by the court to render assistance on the grounds of their reputedly expert knowledge of tribal law. Accordingly the reliability of an assessor's view of the law had to be assumed in good faith.

Further complications could arise when, as so often occurred, tribal legal terminology was translated into what appeared to be the corresponding term of the relevant Western legal system. One example which comes to mind in this regard is the practice of equating the "thwala" custom with "abduction." It is submitted that the word "thwala" cannot be accurately translated – it has no accurate counterpart in the English language since the words have different connotations. There are other examples. There is therefore much to be said for the retention of the indigenous terminology for certain concepts, and in this regard anything which can lead to a deeper understanding of the full meaning, content and implications of such concepts is to be welcomed. It is against this background that the value of a work such as the one under review should be seen. The value of this book has been enhanced through the appropriate and effective use of such indigenous legal terms as "mela" meaning to "stand for," from "ukumela" which is a contract of suretyship and terms such as "bambisa" (pledge) from "ukubambisa" (also "ukumisa" in Xhosa) which is a contract of pledge for example "ukubambisa ngenkomo" – to pledge a beast. These are well-known legal terms in African law of contract. The same applies to words such as "enana" which is explained by the writer as meaning "seek or obtain in exchange, exchange, pay back, compensate" (5). He continues:

> "Now it cannot be argued for a moment, that the doctrine of barter, or exchange is of a nature unknown to Native law from the time of its inception. It is certainly of greater antiquity among the natives than the principle, or doctrine, of purchase and sale" (per Boshoff J in *Mangcingci v Bodhla* 1908 NHC 65 at 65, quoted by the author on 6).
>
> "The transaction is clearly not of a kind unknown to Native law or custom, for barter and exchange was in vogue long prior to the existence of coinage. The exchange of animals is a practice among Natives" (*Mangcingci v Bodhla* supra 67).

The reviewer has quoted the above statement in full as it might serve as an eye-opener to those students of African law who still hold the view that "the subsistence economy of the tribe knew no true law of contract . . ." (see Suttner "Internal Conflict of Laws – An Unwarranted Rigidity?" 1970 *SALJ* 18 21; Hoffman "Choice of Law Rules: Contract" 1964 *Responsa Meridiana* 48; Suttner "The Internal Conflict Between Bantu Law and Common Law" 1972 *THRHR* 290 292). This mistaken view has led Hoffman to launch a fierce and unwarranted attack on Seymour *Native Law in South Africa* 2nd ed (1960) 25–36. According to him (Hoffman) "nowhere is Seymour's misunderstanding of the nature of contract and its relation to tribal society better exhibited than in the opening words of chapter 13: 'Contracts affecting status, such as the dowry contract, have been dealt with elsewhere:' his words forming a neat contradiction in terms" (Hoffman op cit 49–50).

Both Suttner and Hoffman conclude that in matters of contract there can be no internal conflict problem as such matters should be regulated solely by the South African common law. It is difficult to accept such a proposition since certain contracts, for example contract of loan of livestock ("nqoma"),

were and are still used by well-to-do Africans to give expression to the doctrine of communalism – a philosophy intended to prevent people from being left destitute – by lending a neighbour a cow to milk and oxen for ploughing purposes.

The production of a legal textbook is always attended by the grave risk that the actual publication may be overtaken by events such as changes in the law – whether arising from legislation or case law. There have already been some statutory changes regarding nomenclature in African law during 1978 and 1979, for example act 102 of 1978 and GG 6654 14 September 1979 2 and proc 213 of 1979. The former deals with the change of name or official title of certain institutions and holders of offices, and of the word "Bantu" and derivatives thereof. Section 17(2) of act 102 of 1978 reads: "subject to the provisions of this section there is hereby substituted for the word 'Bantu' wherever it occurs in any law as a reference to a person or persons, the word 'Black or Blacks' . . ." In terms of GG 6654 14 September 1979 the Natal Code of Black Law is now known as the Code of Zulu Law and the expression "Zulu law" in Natal is substituted for the expression" Black law." These changes, though minor, might necessitate an early revision of the book. It is hoped that when that occasion arises, the writer may consider the desirability of widening the scope of the book, that is extending it to areas of legal phrases and expressions not yet judicially considered. It is also hoped that the handbook will serve as a basis of the projected compilation of a comprehensive legal dictionary of Zulu words to which the author has referred in his introduction.

A few decades ago Rudolph's *A Guide for the Zulu Interpreter* was published by Messrs Shuter & Shooter; this contained, inter alia, numerous English words and expressions, with their Zulu counterparts. It is suggested that professor Bekker should consider incorporating this kind of material in a more comprehensive version of his book. The legislation promulgated by the KwaZulu and other homeland legislatures in recent years has obliged the African languages to emulate Afrikaans and force the development of their legal terminology. Much of this remains relatively unfamiliar to the man in the street.

RB MQEKE
University of Fort Hare

THE QUAIL REPORT FEBRUARY 8 1980

Conference Associates, Silverton Pretoria 1980; pp 328; price R15,00 plus 60c GST

This is the report of an international commission of inquiry appointed by the government of the self-governing territory of Ciskei to look into "all political, economic and social aspects of independence for Ciskei" (see page 12 of the work). The work consists of five chapters, thirteen appendices, a list of maps and a list of tables. The chapters are entitled General Matters, The People, Economics, Equity and Politics. The work is obtainable from the publishers, PO Box 229, Silverton 0127.

DH VAN WYK
University of South Africa

THE NEW DIVORCE LAW

by AH BARNARD, translated by JOAN CHURCH

Butterworths, Durban 1979; pp x and 128; price R8,95 plus 36c GST

This book is a translation of professor Barnard's *Die Nuwe Egskeidingsreg* which appeared recently.

The Afrikaans edition was welcomed by professor Dawid Joubert in a review in 1980 *THRHR* 225 where he stated inter alia:

> "Hierdie boek is te verwelkom nie alleen vanweë sy tydige verskyning nie maar ook vanweë die manier waarop die skrywer daarin slaag om die leser in die algemeen aangaande die onderwerp te oriënteer en om die bepalings van die Wet só toe te lig dat hulle begin lewe kry . . . Die sukses van 'n boek oor 'n nuwe wet hang van die skrywer se onderlegdheid in die problematiek van sy vakterrein af en van sy vermoë om die wet te verstaan, te vertolk en sy gevolgtrekkings met oorredingskrag te stel. Dat die skrywer van hierdie boek vir sy taak opgewasse is, spreek duidelik. In duidelike taal slaag hy daarin om die nuwe egskeidingsreg te ontvou vir iedereen wat iets meer daarvan te wete wil kom – hetsy student, hetsy praktisyn" (225–226).

The same holds true for the English edition. Mrs Church's translation is successful and allows English-speaking students and practitioners access to an authoritative commentary on the Divorce Act 70 of 1979.

JM POTGIETER
University of South Africa

ONBEHOORLIKE BEÏNVLOEDING EN MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDE IN DIE SUID-AFRIKAANSE VERBINTENISREG

deur LF VAN HUYSSTEEN

Juta en Kie Beperk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg 1980; xxiii en 150 bl; prys R15,00

Gedurende die huidige eeu, en veral sedert die eerste wêreldoorlog, het daar in die meeste lande ter wêreld ernstige bedenkings ontstaan omtrent die doelmatigheid van negentiende-eeuse liberale kontraksteorieë in twintigste-eeuse omstandighede. Oral is gevind dat aanpassing en ontwikkeling nodig was, nie slegs wat betref spesifieke kontrakte nie maar ook van die algemene beginsels van die kontraktereg – kyk maar net na artikel 2-302 van die Uniform Commercial Code, na die Engelse Unfair Contract Terms Act en na die regspraak oor artikels 138(2) en 242 van die BGB.

In die Suid-Afrikaanse regspraak en regsliteratuur was daar tot betreklik onlangs min blyke van 'n dergelike kritiese benadering van die algemene leerstukke van ons kontraktereg. In die jongste tyd begin 'n mens egter aanduidings vind dat regters sowel as akademici besig is om 'n meer kritiese blik te werp op beginsels wat tot 'n groot hoogte as finaal afgerond en vasstaande beskou is – kyk byvoorbeeld na appèlregter Jansen se onlangse uitsprake in *Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman* 1979 3 SA 978 (A) (waaruit blyk dat die appèlhof moontlik bereid sal wees om die causa-vraagstuk opnuut in oënskou te neem), en *Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 1 SA 645 (A), en na doktor Peter Aronstam se onlangse werk *Consumer Protection, Freedom of Contract and the Law* (Kaapstad 1979). Dieselfde kritiese ingesteldheid blyk ook uit *Onbehoorlike Beïnvloeding en Misbruik van Omstandighede in die Suid-Afrikaanse Ver-*

bintenisreg, wat eintlik die proefskrif is op grond waarvan professor Van Huyssteen in 1976 die LLD-graad aan die Universiteit van Kaapstad verwerf het.

Die vraag waarmee professor Van Huyssteen hom besig hou is in hoeverre misbruik van omstandighede (insluitende die misbruik van persoonlike omstandighede wat gewoonlik onder die rubriek "onbehoorlike beïnvloeding" tuisgebring word) 'n bestaansreg het as grond vir die aanvegting van regshandelinge wat deur ten volle handelingsbevoegde persone aangegaan word. Na 'n besonder indringende regshistoriese en regsvergelykende ondersoek ('n ondersoek wat ook sy promotors, professore Wouter de Vos en GG Visagie, tot eer strek) kon hy aantoon dat daar wel aanknopingspunte in ons gemenereg bestaan vir die verlening van 'n remedie op grond van misbruik van omstandighede en kon hy ook 'n dogmatiese grondslag vir daardie remedie vasstel.

Professor Van Huyssteen moet gelukgewens word met sy arbeid. Myns insiens het hy daarin geslaag om aan te toon dat daar geen bedenkings hoef te bestaan oor die wettigheid van onbehoorlike beïnvloeding as leerstuk van ons reg nie, asook dat 'n uitbreiding van ons beskouings omtrent wat alles onbehoorlike voorkontraktuele optrede deur 'n kontraksparty daarstel nie in stryd met die algemene beginsels van ons kontraktereg sal wees nie. Die tradisionele aanvegtingsgronde – wanvoorstelling, vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding (in eng sin) – bied lankal nie meer voldoende beskerming aan 'n kontraksparty nie: veral nie in 'n tyd waarin kontrakspartye selde nog op gelyke voet kontrakteer nie.

Ek wil professor Van Huyssteen se boek sterk aanbeveel by elkeen wat in die kontraktereg belangstel.

JG LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

A CASE BOOK ON THE SOUTH AFRICAN LAW OF CONTRACT

deur IG FARLAM en EW HATHAWAY

tweede uitgawe deur EW HATHAWAY

Juta en Kie Beperk, Kaapstad, Wetton, Johannesburg 1979; xxi en 423 bl; prys R25,00 (hardeband) R16,00 (sagteband) plus AVB

Die eerste uitgawe van Farlam en Hathaway se *Case Book* het in 1968 verskyn. Dat dit aansienlike byval gevind het, blyk daaruit dat dit binne elf jaar twee herdrukke en 'n nuwe uitgawe beleef het. Die tweede uitgawe kan nog steeds sonder voorbehoud aanbeveel word – in sy soort is dit 'n uitstekende werk. Die vonnisse waaruit uittreksels gepubliseer is, is met sorg gekies. Die inleidende opmerkings by elke hoofstuk en aantekeninge by die vonnisuittreksels (asook by die uittreksels uit die werke van ou skrywers) is deurgaans insiggewend, en die uitvoerige verwysings na literatuur baie nuttig. Ek is daarvan oortuig dat hierdie tweede uitgawe net so suksesvol sal wees as die eerste.

JG LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

LEE EN HONORÉ: THE SOUTH AFRICAN LAW OF OBLIGATIONS

deur E NEWMAN en DJ McQUOID-MASON

Tweede uitgawe; Butterworth, Durban 1979; xciii en 419 bl; prys R34,50 plus R1,38 AVB

Die tweede uitgawe van *The South African Law of Obligations* is ongetwyfeld beter as die eerste. Die inhoud is beter gesistematiseer en die meeste van die aanvegbare stellings wat in die eerste uitgawe voorgekom het (sien prof De Wet se resensie in 1951 *THRHR* 151–158), is verbeter. Dit bly egter steeds 'n onbegonne taak om 'n deel van die Suid-Afrikaanse personereg, die algemene beginsels van die kontraktereg, die reg met betrekking tot 'n hele aantal besondere kontrakte (waaronder die koopkontrak, die huurkontrak, en die versekeringskontrak), die algemene beginsels van die reg aangaande die onregmatige daad en die reg met betrekking tot 'n aantal afsonderlike verskyningsvorms van die onregmatige daad, enigsins volledig weer te gee in ongeveer 382 bladsye. Die vraag ontstaan dan of daar nog enige behoefte is aan 'n boek wat so oorsigtelik is as wat *The South African Law of Obligations* uiteraard moes wees. Ek twyfel. Oor die meeste van die onderwerpe wat behandel word, bestaan daar vandag, anders as in 1950, gesaghebbende handboeke en dit sal myns insiens selfs vir praktisyns (vir wie se gebruik die boek volgens die voorwoord in die eerste plek bedoel is) veiliger wees om 'n vollediger werk te raadpleeg wanneer hulle inligting soek.

Ek moet beklemtoon dat my kritiek hoegenaamd nie as 'n refleksie op die bewerkers van die tweede uitgawe bedoel is nie. Hulle het hulle so goed van hulle taak gekwyt as wat enigiemand in die omstandighede sou kon doen. Die bedenkings wat ek omtrent die boek het, spruit geheel en al voort uit die aard en opset daarvan; en dit is iets waarvoor die huidige bewerkers nie verantwoordelik gehou kan word nie.

JG LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

LAW OF ATTORNEYS' COSTS AND TAXATION THEREOF

deur MARCUS JACOBS en NEJ EHLERS

Juta en Kie Beperk, Kaapstad 1979; xlvi en 486 bl; prys R48

Hierdie werk het betrekking op daardie gedeelte van die regspraktyk wat nie net vir die regbank, die praktisyn en ander belas met die opstel en taksering van kosterekenings van belang is nie, maar weens die stygende lewenskoste, en gevolglik ook regskoste, ook die litigant sal interesseer.

Die skrywers lewer 'n uiters waardevolle en nuttige bydrae tot 'n onderwerp wat tot hede toe betreklik min aandag in die regsliteratuur geniet het. Volgens my kennis bestaan daar tans slegs vier ander werke op hierdie gebied, te wete *Taxation of Bills of Costs in the Superior Courts of South Africa*

(1947) deur Roos, *The Law of Costs in South Africa* deur Rubin en Stanford, *Specimen Bills of Costs* opgestel deur Van Pletsen 2e uitg (1965) en Cilliers se *Law of Costs*.

Dit is 'n omvattende werk oor die reg met betrekking tot die beginsels waarvolgens prokureurs- en advokaatsgelde en regskoste in die algemeen vasgestel moet word. Die boek getuig van deeglike navorsing en die goeie praktiese ervaring van 'n ervare advokaat en 'n eweneens ervare griffier van die hooggeregshof van Suid-Afrika.

Die werk bestaan uit 36 hoofstukke. In 292 van die 486 bladsye word hoofsaaklik aandag gegee aan die beginsels waarvolgens koste in die hooggeregshof vasgestel word. Desnieteenstaande vind 'n mens deurgaans verwysings na die grondslae waarvolgens koste in die landdroshof bereken word. Daar word onder andere aandag gegee aan die vraag watter gelde en koste as party-en-partykoste of -gelde beskou word, aan die aard van party-en-partykoste asook prokureur-en-kliëntkoste en aan die vraag welke prokureur-en-kliëntkoste deur die kliënt aan sy prokureur asook deur een party aan 'n ander betaal moet word. Hiernaas word 'n afsonderlike hoofstuk gewy aan begrippe soos "koste," "gewone koste," "verkwiste koste" en "onnodige koste."

Die skrywers se benadering, waardeur die onderwerp aan die leser bekend gestel word aan die hand van 'n kort historiese oorsig en die algemene regsbeginsels wat hier te lande ontwikkel het, is te verwelkom. Sodoende word 'n beter begrip van 'n gespesialiseerde regsgebied by die leser tuisgebring terwyl die werk terselfdertyd as 'n nuttige naslaanwerk dien. In hierdie verband verdien die skrywers lof vir die deeglike navorsing wat hulle in hoofstuk 1 gedoen het met betrekking tot aangeleenthede soos die vasstelling en taksering van prokureursgelde en ander koste ten opsigte van gedingvoering in siviele sowel as strafsake, en die vasstelling van koste deur taksering in verband met hofwerk en werk anders as hofwerk. In hierdie hoofstuk word die veelbesproke vraag oor wie by insolvensie-aangeleenthede bevoeg is om kosterekenings te takseer, deeglik in oënskou geneem.

Die werk behandel die regspraak op 'n praktiese en kritiese wyse en die skrywers huiwer nie om, waar hul sienswyse met dié van die regspraak verskil, 'n teenstrydige mening daaromtrent te opper nie. 'n Voorbeeld hiervan is die kritiek teen die uitspraak van regter Human in *Joel Melamed and Hurwitz v Simmons* 1976 4 SA 189 (T) (sien 26).

Nog 'n voorbeeld van die skrywers se kritiese ingesteldheid is hul bespreking van die bevoegdheid van die taksеermeester om kostes in arbitrasieaangeleenthede ingevolge die voorskrifte van reël 70(1) van die eenvormige hofreëls te takseer. Die skrywers is van mening dat hierdie reël gewysig behoort te word alvorens 'n taksеermeester met hierdie bevoegdheid beklee kan word. Soortgelyke konstruktiewe voorstelle word deurgaans in die werk gevind.

In die daaropvolgende hoofstuk word die bevoegdhede van 'n taksеermeester by die taksering van kosterekenings wat op hofwerk betrekking het, behandel. Dié hoofstuk kan met vrug deur die praktisyn wat takserings bywoon, gelees word. Voorts word daar aan 'n verskeidenheid ander aangeleenthede aandag geskenk. Daar is byvoorbeeld hoofstukke oor advokaatgelde, die vasstelling van prokureursgelde vir die nalees en kopiëring van pleitstukke en dokumente en die vasstelling van getuiefooie en gelde en uitgawes ten opsigte van voorverhoorkoste.

Die werk word afgesluit met 'n waardevolle bydrae deur meneer JD Symington, 'n ervare seniorprokureur van Bloemfontein, oor prokureursgelde- en uitgawes in die appèlafdeling van die hooggeregshof van Suid-Afrika.

Twee bylaes rond die werk af. Die eerste bylae het betrekking op al die voorge-

skrewe tariewe ten opsigte van prokureurs- en advokaatgelde in die hooggeregshof en die landdroshof; op die voorgeskrewe tariewe betreffende prokureursgelde in die kommissarishof; op regshulpaangeleenthede; op tariewe van prokureursgelde deur die weeshere van die onderskeie provinsiale afdelings (kragtens die voorskrifte van a 73(2) van die Insolvensiewet) voorgeskryf; op tariewe met betrekking tot die waterhof, patente, handelsmerkaangeleenthede en op invorderingskommissie. Die tweede bylae bevat voorbeelde van kosterekenings wat vir die besige of onervare praktisyn van onskatbare waarde kan wees.

DS RIBBENS
Universiteit van Suid-Afrika

GESKIEDENIS VAN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

deur DH VAN ZYL

Butterworth, Durban 1979; v en 572 bl; prys: R26,75 (sagteband)

Die verskyning van Deon van Zyl se *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* is allerweë deur Suid-Afrikaanse juriste met 'n belangstelling in die regsgeskiedenis verwelkom. Dit poog om 'n meer volledige oorsig oor die eksterne ontwikkelingsgang van die Suid-Afrikaanse reg te gee as Hahlo & Kahn se *The South African Legal System and its Background* (1968), Hosten ea se *Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) en Van Warmelo se *Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg* (1978).

Die algemene uitgangspunt is dat die Suid-Afrikaanse gemenereg gebaseer is op die Wes-Europese ius commune wat ontstaan het as gevolg van die resepsie van Romeinse reg. Van Zyl gebruik die term *infiltrasie* om aan te dui dat Romeinsregtelike beïnvloeding van Germaanse reg gedurende die vroeë Middeleeue (voor die herlewing in die twaalfde eeu) betreklik gering was in vergelyking met wat later die geval was (205). Met *resepsie* word bedoel die oorname en absorbering van Romeinsregtelike instellings (209). In hierdie verband word onderskei tussen die vroeë resepsie en die hoofresepsie. Die *vroeë* (*teoretiese*) *resepsie* het tydens die dertiende tot die vyftiende eeu plaasgevind, en anders as wat Van Zyl 230 te kenne gee, verskil dit wel van infiltrasie. Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967) 117 toon aan dat die sogenaamde *Fruhrezeption* die resepsie van kanoniekregtelike norme (wat grotendeels gebaseer was op die Romeinse reg) in die algemene privaatreg, die kennis en aanwending van die kanonieke proses in wêreldlike sake (causae seculares), en veral die uitbreiding van die regswetenskaplike metodiek behels het. Juriste het ook die kwalifikasie doctor utriusque iuris (doktor in sowel die Romeinse as die Kanonieke reg) verwerf. Die *hoof-* (*praktiese, vol-*) *resepsie* het eers vanaf ongeveer 1500 geskied waartydens Romeinsregtelike norme (soos geïnterpreteer deur die laat-Middeleeuse juriste) oorgeneem is in die plaaslike regstelsel op so 'n wyse dat die Romeinse reg as ius commune gegeld het en, met verloop van tyd, aanleiding gegee het tot die totstandkoming van geïntegreerde regstelsels soos die Romeins-Hollandse reg.

Van Zyl behandel die Romeinse reg tot en met Justinianus slegs kursories aangesien hy dit reeds in sy *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (1977) bespreek het en hy – tereg – van mening is dat die hoofklem eerder op die Justiniaanse wetgewing as die voorgaande tydperke moet val; dit is immers daardie kodifikasie wat van kommentaar voorsien is deur die Middeleeuse juriste en wat geresipieer is om sodoende die grondslag van die Romeins-Hollandse reg te vorm.

Deel twee (41–503) dra die titel *Die*

Totstandkoming van die Romeins-Hollandse Reg en omvat die Germaanse reg, die voortbestaan van die Romeinse reg na Justinianus, die herlewing daarvan vanaf die twaalfde eeu, die regsontwikkeling buite Nederland en in Nederland; en, ten slotte, die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika – welke hoofstuk eerder in 'n Deel III sou tuishoort aangesien dit streng gesproke nie verband hou met die totstandkoming van die Romeins-Hollandse reg nie.

Die feit dat Van Zyl 'n hoofstuk oor die Germaanse reg ingesluit het, moet verwelkom word; tot dusver het regshistoriese navorsing en curricula hierdie belangrike gemeenregtelike komponent geïgnoreer of verwaarloos. Tydens die Frankiese tydperk (5e tot 9e eeu) was die belangrikste regsbronne die leges Romanae barbarorum (eenvoudige Romeinsregtelik-geïnspireerde wetgewing vir mense van Romeinse afkoms), die leges barbarorum en capitularia (keiserlike wetgewing). Een van die belangrikste optekeninge van die gewoontereg was die lex Salica wat as lex barbarorum ander Germaanse optekeninge in Gallië grotendeels verdring het. Die Lombardiese koninklike verordeninge is ook tydens hierdie tydperk opgeteken en met verloop van tyd gewysig en aangevul. In die vroeg twaalfde eeu is 'n sistematiese weergawe (bekend as die Lombarda of Lex Langobarda) opgestel. Hierdie Lombarda het die geldende gewoontereg in Noord-Italië tydens die eerste fase van die heropbloei van die Romeinse reg aldaar gevorm. Tydens die feodale tydperk (9e tot 12e eeu) het stadsregte (statuta, keuren) al hoe meer op die voorgrond begin tree. Daar is ook 'n aantal optekeninge van die Germaanse reg gemaak; die belangrikste waarvan die *Sachsenspiegel* (deur ene Eike von Repgow tussen 1215 en 1235 opgestel) was. Die *Sachsenspiegel* het die gewoontereg van die Saksers weergegee, en is reeds spoedig van geleerde kommentaar deur juriste wat ook opleiding in die Romeinse en Kanonieke reg gehad het, voorsien: Johann von Buch en Nicolaus Wurm het in die loop op die *Sachsenspiegel* romano-kanonistiese reëlings met dié van die *Sachsenspiegel* vergelyk. Hierdie wetenskaplike bestudering van die gewoontereg het tot gevolg gehad dat die Romeinse reg in Sakse eintlik eers heelwat later as in die oorblywende gedeeltes van Duitsland geresipieer is. Waar Van Zyl 69 egter beweer dat die *Hollandsche Saksenspiegel* 'n vertaling van die Duitse *Sachsenspiegel* is, moet daar met hom verskil word: laasgenoemde optekening is in die veertiende eeu vir die eerste keer in Nederlands vertaal, en in die vyftiende eeu het daar 'n tweede bewerking (met insluiting van Johann von Buch se glosse) geskied. Die derde bewerking, die sogenaamde *Hollandsche Saksenspiegel*, was in werklikheid 'n Hollandse regsboek, berustend op die *Sachsenspiegel*, wat in 1479 in Gouda onder die titel *Spiegel van Sassen* die eerste keer in druk verskyn het. Die belang van hierdie werk was daarin geleë dat dit algemeen aanvaar is as 'n soort subsidiêre regsboek in die Noordelike Nederlande. Dit blyk ook duidelik uit die feit dat dit tot 1566 negentien uitgawes beleef het.

In die hoofstuk wat handel oor die voortbestaan van die Romeinse reg na Justinianus, beklemtoon Van Zyl die kontinuïteitsprobleem, die rol van die notariaatspraktyk en die rol van die kerk wat van mening was dat in sy interne organisasie hy deur Romeinsregtelike norme beheers word: ecclesia vivit secundum legem Romanam. Hy vermeld ook die feit dat die Romeinse reg as subsidiêre reg (lex omnium generalis) in die Lombardiese gebiede gegeld het. Ten slotte word 'n paar Romeinsregtelike werke van voor-Irneriese oorsprong bespreek. Die indruk word geskep (77–78 210) dat die *Brachylogus iuris civilis* in dié kategorie tuishoort; daarenteen meen Weimar "Die legistische Literatur der Glossatorenzeit," *Coing's Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I* (1973) 207–208 dat dit in ongeveer 1260–1270 opgestel is en 'n voorbeeld van 'n *Gesamtsumme* – eeu van die literatuurvorme van die Glossatore – is; hierdie mening word vandag

algemeen aanvaar – byvoorbeeld deur Feenstra in sy *Ius in re* (1979) 8. In teenstelling met wat Van Zyl 77 en 210 beweer, is die *Exceptiones Petri* waarskynlik in ongeveer 1260 opgestel en kan dit ook nie as 'n voor-Irneriese werk geklassifiseer word nie; vgl Weimar 253–254.

In Hoofstuk IV word eerstens die redes vir herlewing van die Romeinse reg in die twaalfde eeu bespreek (81–83). 'n Mens sou hier miskien meer detail verwag het, en in ieder geval meer inligting oor die Skolastiek (met sy koördinate auctoritas en ratio) as filosofiese hoofstroming. Daar is ook geen verwysing na die belangwekkende artikel van Coing, "Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm," in sy *Handbuch* I (1973) 39–128 in sy bespreking van die universiteitswese nie.

Vervolgens kom die Middeleeuse geleerde reg aan die beurt. Die twee komponente, Romeinse reg en Kanonieke reg, het weens die beïnvloeding van die wêreldlike howe deur die Kanonieke reg en van die fora externa na die profane ius civile aanleiding gegee tot 'n wedersydse subsidariteitsbeginsel wat neerslag gevind het in die spreuk ius canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero non intellegi potest. Vir 'n resente kursoriese oorsig oor die regsontwikkeling tydens hierdie tydperk kan daar ter oriëntasie met groot vrug gebruik gemaak word van Feenstra se "Romeinse Recht en Europees Rechtswetenskap" in Spruit: *Coniectanea Neerlandica Iuris Romani* (1974).

Van Zyl gee 'n sistematiese weergawe van die vernaamste Glossatore en hul werkswyse, maar ongelukkig is daar nie voldoende verwysings na Weimar se hierbo vermelde bydrae nie. Die groot glossator Azo was die leermeester van drie beroemde studente: Carolus de Tocco wat die Lombarda van 'n belangrike romanistiese glosse-apparaat voorsien het; Roffredus Beneventanus wat eweneens in sy Romeinsregtelike werke na die Lombarda verwys, gepoog het om teenstrydighede te versoen, en ook die Kanonieke reg betrek het; en Hostiensis (Henricus de Segusio) wat een van die belangrikste Kanoniste was. Die belang van die Glossatore word geïllustreer deur die volgende spreuk: quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum.

Alhoewel Van Zyl die Kanonieke reg na die Humaniste bespreek, wil dit voorkom of dit weens chronologiese oorwegings eerder direk na die Glossatore behandel behoort te word. Die onderskeid tussen Dekretiste (Kanoniste wat kommentaar gelewer het op kanoniekregtelike versamelings tot en met die *Decretium Gratiani* van 1140) en die latere Dekretaliste sou miskien ook reeds vroeër in dié gedeelte beklemtoon kon word.

Die vyfde gedeelte (crimen) van die belangrikste komponent van die *Corpus Iuris Canonici*, die *Liber Extra*, (opgestel deur Raymundus de Peńaforte, die Spaanse Dominikaanse biegvader en kapelaan van Pous Gregorius IX), sou 'n mens nie net met misdaad (soos Van Zyl 176 betoog) moet vertaal nie: X 5.36 het as opskrif *De iniuriis et damno dato*. 'n Bespreking van Innocentius IV (Sinibaldus Fliscus) – een van die belangrikste Kanoniste – ontbreek, en Hostiensis word nie voldoende beklemtoon nie. Hierdie twee Kanoniste was die belangrikste Dekretaliste tydens die hoogbloei van die Dekretalistiek. Dit wil ook voorkom of die *Speculum Iudiciale* van Guillelmus Duranti (± 1296) eerder by die Kanonieke reg as by die wêreldlike reg tuishoort; dit behoort tot die hoofwerke van die Europese regskultuur, en was die belangrikste werk oor die prosesreg in die Middeleeue en het ook groot invloed op die materiële reg uitgeoefen aangesien dit romano-kanonistiese regsnorme beliggaam het en toepaslike libelli bevat het.

Van Zyl verwys ten slotte na Joannes Andreae (die belangrikste Kanonis van die tweede hoogbloei) en Panormitanus. Daar kan ook vermeld word dat die latere Kanoniste – Pirrhing (1606–1679); Boehmer (1674–1749); Schmalzgrueber (1663–1735) en Reiffenstuel

(1641–1703) – op die latere Duitse regsontwikkeling en selfs op die Romeins-Hollandse reg (veral Boehmer) 'n invloed uitgeoefen het. Hier kan nog verwys word na Van Zyl se intreerede ("Die Regshistoriese Metode," gepubliseer in 1971 *THRHR* 19) waar die standpunt gehuldig word dat hoewel die Kanonieke reg " miskien altyd 'n newewerkende rol gespeel het, dit nie 'n noodsaaklike stap in die middeleeuse regsontwikkeling (was) nie;" hierdie standpunt word in die lig van die verhouding tussen die Romeinse en Kanonieke reg en van die vroegresepsie eintlik tereg deur Van Zyl in die onderhawige werk weerlê.

Die opbloei van die Romeinse reg in Suid-Frankryk was – soos Van Zyl tereg aantoon – in 'n groot mate gestimuleer deur die *Canon super Specula* van Pous Honorius III in 1219 waarkragtens die doseer van Romeinse reg aan die Universiteit van Parys verbied is. Meijers se belangstelling in die internasionale privaatreg het gelei tot bekendstelling van die rol van die skool van Orléans; die belangrikste Ultramontani was Jacques de Révigny en Petrus de Bellapertica. Hulle invloed op die latere regsontwikkeling is onmeetbaar groot; so was Jacques de Révigny die eerste juris wat afgewyk het van die liberum corpus non recipit aestimationem-reël en wel 'n aksie weens ontsiering aan die geskende vrou toestaan. In teenstelling met wat Van Zyl 116 beweer, bestaan daar twee manuskripte van Révigny se onuitgegewe kommentaar op die *Digestum Vetus:* die MS Leiden in die Universiteitsbiblioteek aldaar en die MS Napels in die Bibliotheca Nazionale in Napels.

Voordat hy tot die post-Glossatore oorgaan, wys hy op die rol van die Glossatore ná Accursius – die sogenaamde post-Accursiani – wat uit teoretici soos Jacobus de Arena en practici soos die notariaatskrywer Rolandinus Passagerii bestaan het. Die post-Glossatore (Van Zyl verkies die benaming Kommentatore; die beswaar hierteen is dat dié groep ook ander werke as kommentare geskryf het) het hoofsaaklik van vier bronne gebruik gemaak: gewoontereg, Kanonieke reg, Romeinse reg en plaaslike statuta. Hulle grootste enkele bydrae is die totstandbrenging van 'n ius commune; die Justiniaanse kodifikasie soos geïnterpreteer en aangevul deur die post-Glossatore is dit wat geresipieer is in die Wes-Europese lande. Die groot invloed van Bartolus op lande ver verwyderd van Italië word duidelik beklemtoon.

Die juridiese Humanisme met sy kreet van petere fontes staan as mos gallicus teenoor die mos italicus wat die benaming is van die sestiende eeuse voortsetting van die post-Glossatore se werkswyse. Daar word voldoende klem gelê op die rol van Cujacius as analitikus (ongelukkig ontbreek 'n volledige vermelding van sy belangrikste werke) en Donellus as sistematikus. Daar word dikwels – foutiewelik – gemeen dat alle Humaniste net akademici was: inteendeel, heelwat Humaniste (soos Antonius Faber) was ook practici. Daar kan egter nie ontken word dat die Humanisme eintlik tot gevolg gehad het dat die resepsie stadiger verloop het nie; Van Zyl 159 dui aan dat dit ook geleentheid gebied het vir die optekening van volksregstelsels.

Die natuurreg het gedurende die tydperk 1600 tot 1800 'n besonder belangrike rol in die regsontwikkeling gespeel. Die siening (deur Van Zyl 185 vermeld) dat die natuurreg as stuitingselement opgetree het, kan nie sonder meer onderskryf word nie. Hy wys tereg daarop dat die Middeleeuse voorgangers soos Thomas van Aquino 'n groot invloed op latere natuurregskrywers uitgeoefen het. Die bespreking van Thomas is egter ietwat kursories en soms dubbelsinnig: natuurreg by Thomas is 'n konstitueringsgrond en nie bloot 'n behorensgrond vir die positiewe reg nie. Die werklike natuurreg by Thomas is die lex naturalis wat uit daardie gedeelte (sade) van die lex aeterna wat in die menslike rede gesaai (ingeplant) is, bestaan.

Die betekenis van die sestiende eeuse moraalfilosowe (byvoorbeeld Vittoria,

Molina, Covarruvias, Soto en die Leuvense Jesuït Lessius) wat die skakel tussen Thomas en De Groot vorm en 'n groot invloed nie net op algemene natuurregtelike sienings nie, maar ook op die materiële reg uitgeoefen het, moet meer beklemtoon word. Hierdie Laat-Skolastici het gepoog om norme (natuurlik binne die Christelike Moraalfilosofie) vir die daaglikse lewe neer te lê. Soto (1494–1560) behandel in sy *De Iustitia et Iure* bepaalde moraalfilosofiese aangeleenthede op so 'n wyse dat daar nie meer 'n duidelike onderskeid tussen moraalfilosofie en natuurlike privaatreg is nie. Via De Groot het hulle 'n tot nog toe miskende invloed op privaatregtelike gebied soos die eiendomsbegrip, die aksie van die afhanklikes, die aksie weens pyn en lyding en restitusie in die algemeen uitgeoefen.

Die belangrikste natuurregskrywer Hugo de Groot word indringend bespreek. Van Zyl wys tereg daarop dat *De Iure Belli ac Pacis* ook op privaatregtelike gebied van groot belang is. 'n Kursoriese blik van die bronne van De Groot in sy *Prolegomena* laat blyk dat hy as Protestant sterk gesteun het op Thomas, Caietanus en die moraalfilosowe; daar kom ook talle verwysings na die Bybel, klassieke skrywers, die leges Longobardorum en die Romeinse reg voor.

'n Verdere verdienste is dat die natuurregtelike kodifikasies genoegsame aandag kry. Dit is miskien minder bekend dat volksdeelname gebruik is in die daarstelling van die Pruisiese *Allgemeines Landrecht* (ALR) van 1794; die konsep is in die koerante gepubliseer en die publiek is uitgenooi om kommentaar daarop te lewer. Ten slotte (202–204) word aangetoon dat die natuurreg op ses gebiede van betekenis was: privaatregtelike beïnvloeding (direk en indirek deur die Kanonieke reg); sistematiek (wat oorgeneem is in die kodifikasies); oorname van uitdruklike bepalings van die natuurreg; oorname van "algemene privaatregtelike begrippe soos 'subjektiewe' en 'objektiewe regte' . . ." (203; hy bedoel kennelik subjektiewe regte en die objektiewe reg); die volkereg, en die ontwikkeling van regsvergelyking wat onlosmaaklik aan die natuurreg as ius commune omnium verbonde is.

Die gedeelte oor die regsontwikkeling in Frankryk vul 'n groot leemte; veral die rol van gewoonteregsoptekeninge (byvoorbeeld die *Coutume de Paris*) en van die Parlement de Paris as geregshof word deur ander regshistorici nie altyd na waarde geskat nie. Romeinsregtelike beginsels is veral via die Kanonieke reg oorgeneem; daarteenoor het daar tydens die tydperk van die nasionale reg (16e tot 18e eeu) twee strominge in Frankryk bestaan: die Humanisme, en die wetenskaplike bearbeiding van gewoonteregtelike bronne soos die *Coutume de Paris*. Molinaeus, Domat en Pothier word vervolgens bespreek. Die vraag kan gestel word of dit werklik so is dat Frankryk naas Duitsland die mees omvattende resepsie beleef het.

Die regsontwikkeling in Duitsland kom daarna aan die beurt. Daar word 'n sistematiese uiteensetting gegee van eerstens die infiltrasie van die Romeinse reg (eers via die kanonieke reg: Van Zyl 234 toon aan dat die Sachsenspiegel op die *Decretum Gratiani* gebaseer is) en tweedens die belangrike rol van die Reichskammergerichtordnung van 1495 (wat bepaal het dat die hof reg moes spreek nach des *Reichs gemeinen Rechten*) wat in die praktyk die gevolg gehad het dat die Romeinse reg (soos deur die Middeleeuse juriste geïnterpreteer) in werklikheid absolute werking (en nie subsidiêre werking nie) gehad het. Derdens word die usus modernus pandectarum bespreek; Van Zyl toon aan dat skrywers soos Carpzovius, Brunneman, Mevius, Stryk, Struve en Leyser 'n groot invloed op die tydgenootlike Romeins-Hollandse skrywers uitgeoefen het aangesien die laasgenoemde groep ook van die mores hodiernae of die nova practica as uitgangspunt gebruik gemaak het. Vierdens word daar tereg 'n onderskeid tussen die agtiende eeuse historiese skool (met Von Savigny as belangrikste eksponent) en die Pandektistewetenskap (Windscheid, Kipp,

Arendts) gemaak, en laastens word die totstandkoming van die BGB bespreek. Daar word ook melding gemaak van die totstandkoming van die Duitse regsdogmatiek, die invloed waarvan op die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg veral groter is as wat meeste juriste waarskynlik besef; 'n mens sou miskien selfs kon praat van 'n twintigste eeuse resepsie van Duitse regsdogmatiek.

Die gedeelte oor die regsontwikkeling vanaf die sestiende eeu in lande buite Nederland word afgesluit met 'n waardevolle bespreking van die posisie in Italië, Spanje, Portugal, Oostenryk, Switserland, Engeland (waar oorname van Romeinsregtelike beginsels meer beperk was) en Skotland.

In die omvattende hoofstuk oor die Romeins-Hollandse reg wys Van Zyl op die belang van die Grote Raad van Mechelen; ongelukkig word die uitsprake van hierdie hof (wat vanaf die laat vyftiende eeu as hof van appèl vir die howe van die Noordelike en Suidelike Nederlande opgetree het) in regshistoriese navorsing nog verwaarloos. Na die aanvang van die Nederlandse opstand teen die Spaanse bewind is die Grote Raad in 1581 met die Hoge Raad vervang.

Die belang van die stigting van die Universiteit van Leuven in 1425 word duidelik aangetoon. Dosente aldaar en raadshere van die Grote Raad het 'n groot invloed op latere Noordelike Nederlandse skrywers uitgeoefen; die resepsie het dus in werklikheid vanuit die suide begin. Die redes vir die groter mate van resepsie in Friesland word ook ondersoek. Net soos in die geval van Frankryk, meen Van Zyl dat die natuurreg en die amptelike optekeninge van die gewoontereg met die oog op die homologasie daarvan resepsie ontmoedig en gestuit het.

Plaaslike optekeninge soos die statute van Mechelen en die Keuren van Amsterdam en Putten het maatreëls bevat wat vandag nog deel is van die Suid-Afrikaanse reg; net soos in Duitsland en Frankryk is sommige gewoonteregoptekeninge ook van romano-kanonistiese kommentaar voorsien: byvoorbeeld Christiniaeus se *In Leges Municipales* (*Mechlinienses*) *Commentarii ac Notae*. 'n Tweede bron was wetgewing, en hier was die *Hollandse Placcaetboek* en die *Groot Placaet-Boek* van besondere belang. Versamelings van hofbeslissings en van regsmenings was eweneens belangrike bronne.

Skrywers oor die Romeins-Hollandse reg was nie net tot die provinsie Holland beperk nie; weens die wisselwerking op regswetenskaplike gebied het regsgeleerdes in Utrecht en in Friesland ook in hul werke daarna verwys. Van Zyl 329–415 gee 'n volledige bespreking van die vernaamste Nederlandse regsgeleerdes wat hy in vier kategorieë indeel: (a) regsgeleerdes van die vroeë resepsie-tydperk; (b) die skool van Leuven en die Suid-Nederlandse regsgeleerdes; (c) die bloeitydperk van Romeins-Hollandse reg: regsgeleerdes van die sewentiende eeu; en (d) die prekodifikasietydperk: regsgeleerdes van die agtiende eeu. Die hoofstuk word afgesluit met 'n bespreking van die lotgevalle van die Romeins-Hollandse reg na die Franse besetting en van die totstandkoming van die *Burgerlijke Wetboek* (BW) en van die *Nieuw Burgerlijke Wetboek* (NBW).

Die laaste hoofstuk handel oor die regsontwikkeling in Suid-Afrika sedert die volksplanting. Opvallend is die interessante gedeelte oor die howe aan die Kaap; tot dusver is daar (met uitsondering van GG Visagie en F Bosman) ongelukkig nog bloedweinig gedoen om die regsontwikkeling wat blyk uit dié hofverslae na te vors. Soos Van Zyl 441–442 tereg aantoon, het die Raad van Justisie gereeld na die ou skrywers verwys.

Die gedeelte oor die resepsie van Engelsregtelike beginsels is gebalanseerd; syns insiens was daar agt redes daarvoor: (a) die aankoms van die 1820-setlaars; (b) die verengelsing van die Afrikaanse gemeenskap; (c) die handelslewe; (d) die invoering van Engelse instellings; (e) die vereiste dat advokate en regters in Engeland opgelei moes wees; (f) die gesag wat deur die advo-

katuur en howe aangehaal is; (g) die rol van die Geheime Raad; en (h) wetgewing as vernaamste bron. Van Zyl staan die via media tussen die puriste en die moderniste voor. Hy bespreek die verandering in houding van die appèlhof ten aansien van die gesag van die Engelse reg wat gekulmineer het in die bekende uitspraak van hoofregter Steyn in *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 410–411.

Die vraag of slegs die Hollandse skrywers as gemeenregtelike outeurs gekenmerk kan word, kom vervolgens aan die orde. Hy konkludeer (492):

> "Die enigste gevolgtrekking waartoe ons uit hierdie toedrag van sake kan geraak, is dat die aanwending van 'n Europese *ius commune* die aanvaarde praktyk in Suid-Afrika geword het en dat hierdie *ius commune* tans die gemenereg in Suid-Afrika is en nie Romeins-Hollandse reg in enge sin nie."

Romeins-Hollandse reg in wye sin is dus (498):

> ". . . die gemenereg (*ius commune*) van Europa wat sedert die vroeg-Middeleeue uit die *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus ontwikkel en ontplooi het, en nie bloot die reg van die provinsie Holland gedurende die sewentiende en agtiende eeu nie."

In die slotgedeelte huldig Van Zyl die standpunt dat die huidige Suid-Afrikaanse reg 'n hibriede, lewende en immergroeiende stelsel is wat gedurig by moderne behoeftes aangepas word en moet word. Hy staan kodifikasie en die toenemende regspositivisme ten slotte teen.

Hoewel dit gebruiklik is om boekbesprekings af te sluit met 'n lang lys spel- en/of tikfoute, word ter oorweging gegee dat dit eintlik om 'n bespreking van die materiële waarde van die werk behoort te gaan. Hier sal dus volstaan word met enkele punte van inhoudelike kommentaar:

(a) Dit sou die taak van die navorser vergemaklik het as die outeur in alle gevalle die vindplekke kon aandui – vergelyk byvoorbeeld 189 voetnoot 196 waar aanhalings uit Thomas se *Summa Theologica* gemaak word, en die stellings op 192 en 203–204 dat die natuurreg op verskillende gebiede (sessie, eiendomsreg, besit, skadevergoeding ensovoorts) 'n groot invloed uitgeoefen het.

(b) Meer volledige verwysings na Coing se *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* sou die taak van die navorser aansienlik vergemaklik het. Band I (1973) behandel die Middeleeue (1100–1500): die geleerde reg en die wetgewing. Band II het as onderwerp die Nuwe Tyd – die Tydperk van die Gemenereg (1500–1800): Deel 1 (1977) handel oor die wetenskap van 1500–1800, en Deel 2 (1976) oor die wetgewing en die regspraak tydens hierdie periode. Dit is dié basiese bibliografiese werk oor die Middeleeuse regsontwikkeling en die regsontwikkeling vanaf 1500–1800.

(c) 'n Verwysing na *Campbell v Hall* 98 ER 1045 as (teoretiese) grond vir die voortbestaan van die Romeins-Hollandse reg na die Britse besetting sou moontlik ook van pas gewees het.

(d) Dit sou handig gewees het as 'n vonnislys ook ingesluit was. Dit wil voorkom asof die gebruik ontstaan het dat vonnisverwysings in die voetnotas geplaas behoort te word.

Van Zyl se standpunt dat die neohumanistiese benadering tot die bestudering van die Romeinse reg (waarvolgens die hoofklem op die bepaling van wat die posisie tydens die klassieke periode sou wees, val) eerder plek moet maak vir 'n regshistoriese benadering wat die ontwikkelingsgang as uitgangspunt en studie-objek aanvaar, moet heelhartig onderskryf word.

Die *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* is nieteenstaande enkele punte van kritiek 'n werk waarop die Suid-Afrikaanse regswetenskap trots kan wees. Dit lewer 'n waardevolle bydrae tot die kennis van die Suid-Afrikaanse regsgeskiedenis. Hierdie boek word aanbeveel as basiese naslaanwerk en as handboek vir studente in die regsgeskiedenis.

NJJ OLIVIER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

Redaksioneel

Bande met die verlede

Die *Tydskrif* sluit sy drie en veertigste jaargang (as dit nie so gekom het dat daar, nog as gevolg van oorlogsomstandighede, geen *Tydskrif* in 1947 verskyn het nie, sou dit die vier en veertigste gewees het) op 'n amper nostalgiese noot af.

Ons is bevoorreg om 'n artikel te kan plaas van professor Daan Pont, die persoon wat, aan Suid-Afrikaanse kant, seker die meeste bygedra het tot die totstandkoming en vestiging van die *Tydskrif*. Drie en twintig jaar lank (ook in die tyd toe die redaksie nog oorwegend uit Nederlandse juriste bestaan het) het hy die funksie van redakteur van die *Tydskrif* vervul. Hy was oor die jare heen self ook 'n gereelde bydraer tot die *Tydskrif*. Die verloop van bykans vier en veertig jaar tussen die verskyning van sy eerste bydrae in Februarie 1937 en die verskyning van hierdie artikel stel 'n rekord daar wat nie maklik oortref sal word nie.

Nie elke leser sal noodwendig met professor Pont se probleemstelling, aannames en gevolgtrekkings saamstem nie. Wie hom nie deur professor Pont se onnamaaklike skryfstyl wil laat meesleur nie, sal egter ten minste verplig wees om weer eens deeglik oor sy eie sienswyses na te dink. Intussen bestaan daar 'n goeie kans dat die hele aangeleentheid van minderjariges se huwelike binnekort deur wetgewing gereël sal word. (Sien klousule 29 van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se wetsontwerp oor huweliksgoedereg en verwante aangeleenthede gepubliseer in *SK* 6740 van 1979–11–23.)

Professor Pont se artikel vorm nie die enigste brug oor meer as veertig jaar heen nie. Elders in hierdie nommer verskyn daar in artikelvorm 'n verwerking deur regter Leo van den Heever van sekere vonnisse van haar vader, wyle appèlregter FP (Toon) van den Heever. Blaai 'n mens nou terug na bladsy 286 van die eerste jaargang van die *Tydskrif* vind jy daar 'n artikel onder die skuilnaam Aquilius – die reeds beroemd geworde pseudoniem van die nimlike Toon.

Die feit dat die veterane hierdie keer 'n beurt kry, beteken nie dat die *Tydskrif* afsien van sy beleid om jong juriste aan te moedig om te skryf nie. Deesdae bestaan daar egter soveel Suid-Afrikaanse regstydskrifte (ek tel ten minste sestien) dat dit al hoe onwaarskynliker word dat 'n jong skrywer sy "eerste substansiële bydrae aan 'n regswetenskaplike tydskrif" juis vir die *Tydskrif* sal aanbied – 'n vereiste, so lui die reëls, om vir die *Butterworth*-prys in aanmerking te kom. Hierdie is 'n saak wat die Vereniging Hugo de Groot by sy eerskomende jaarvergadering in oorweging sal moet neem. Intussen verwelkom die redaksie veral korter bydraes van ons jonger juriste.

"Gemene reg" v "gemenereg"

Ten spyte daarvan dat "gemenereg" in die *Afrikaanse Woordelys en Spelreëls* as twee woorde aangegee word, skryf 'n baie groot persentasie

regsgeleerdes dit konsekwent as een woord, en die redaksiekomitee van die *Tydskrif* het dit gevolglik nodig gevind om oor die aangeleentheid standpunt in te neem.

Ons het vir die doeleindes van die *Tydskrif* op die vorm "gemenereg" besluit om die volgende redes:

1 Daar het by die begrip "gemenereg" betekenisisolasie plaasgevind in die sin dat die betekenis van "gemenereg" nie gelyk is aan die som van die betekenisse van sy samestellende dele nie. Oorspronklik, in 'n tyd van groot regsdiversiteit toe die reg van elke stadjie en landstreek sy eie kenmerke getoon het, het "gemene reg" letterlik gedui op die "reg wat aan almal gemeen (of gemeenskaplik) is." Mettertyd het die begrip 'n betekenisverandering ondergaan. Vandag beteken dit "ongeskrewe, oorgelewerde reg wat op gebruik gegrond is en in kommentare en hofverslae beliggaam is en nie aan wetgewing ontleen is nie" (*WAT* sv "gemeen" 6).

2 Ook wanneer 'n mens die "Faustregeln" aangedui in die spelreëls (par XVI I B) toepas, blyk dit dat "gemenereg" die voorkeur moet kry.

Byvoorbeeld:

2 1 Regsgeleerdes spreek sonder uitsondering "gemenereg" met 'n vinniger tempo as byvoorbeeld "gemene saak" en met die klem op die tweede lettergreep van "gemene" uit.

2 2 Dit is nie moontlik om "tussenvoegsels" (sien par XVI I B i van die *Woordelys en Spelreëls*) tussen "gemene" en "reg" te gebruik nie. Dit is byvoorbeeld ondenkbaar dat 'n mens ooit sal praat van die "gemeenste reg" of die "gemene ou reg" of die "gemene, aan ons oorgelewerde reg."

3 Die algemeen erkende byvoeglike vorm "gemeenregtelik" dui op die mate waarin "gemeen" of "gemene" en "reg" 'n eenheidsbegrip geword het. Verder word "gemenereg" in normale sinsverband feitlik nooit sonder die bepaalde lidwoord gebruik nie.

4 Die vorm "gemene reg" is vatbaar vir misverstand. By 'n oningewyde kan dit maklik die indruk skep dat 'n mens hier met 'n laakbare regsverskynsel te doen het. Dit blyk veral by 'n sin soos die volgende: "Sowel Suid-Afrika as Engeland het gemene regstelsels" (ipv "gemeneregstelsels").

5 Die vorm "gemenereg" sal aanpas by die vorm van die teenoorgestelde of komplementêre begrip "wettereg."

Onlangs is aangevoer dat die attributiewe vorm "gemene" nie vas aan die selfstandige naamwoord "reg" geskryf mag word nie, en dat hoogstens "gemeenreg" as een woord bestaansreg sou kan hê (1980 (1) *Codicillus* 32). Hierdie standpunt berus op 'n miskenning van die onderskeid tussen 'n *samestelling* (waarby woorde buite hul normale konteks en sonder hul normale fleksievorme tot eenheid saam*gevoeg* word) en 'n *samekoppeling* (waarby woorde in gewone verband tot 'n eenheidsbegrip *groei*). Waarom 'n woord soos "gemeenreg" kunsmatig skep as daar reeds 'n algemeen aanvaarde begrip "gemenereg" bestaan? Of sou die betrokke skryfster "droëvrugte" en "breërandhoed" ook wil omvorm tot "droogvrugte" en "breedrandhoed"?

ADJvR

Huldeblyke

Sy edele die hoofregter FLH Rumpff het onlangs in die appèlhof by die afsterwe van twee voormalige appèlregters die volgende huldeblyke gelewer:

Oliver Deneys Schreiner 1890–1980 †

We are gathered here this morning to pay our last tribute to two of our retired colleagues who have recently departed this life. The first is Oliver Deneys Schreiner who has been one of the great judges of South Africa. He was the son of a former attorney-general and prime minister of the Cape Colony, William Philip Schreiner, and of a sister of Francis William Reitz, chief justice and later president of the Orange Free State. It is interesting to note that Oliver's father, William Schreiner was offered a seat on this bench after a long period of engagement in political affairs. He declined to come to Bloemfontein and was then appointed high commissioner in London. About William Schreiner, whose father was German and mother English, Eric Walker wrote as follows:

> "To his boundless powers of work, love of books and absolute intellectual honesty he added an imposing presence, wide choice of words, a stately delivery and a charm of manner that made everyone open out to him."

Oliver Schreiner inherited some of the more important of these qualities from the father, particularly his boundless powers of work. In addition he was blessed with great intelligence. Of Oliver might have been said "I slept and dreamed that life was beauty, I woke and found that life was duty." He certainly consistently applied duty as the rudder to steer his course of life so that he could serve the law in particular and humanity in general.

While still a student he won various scholastic honours in South Africa and England. During the First World War he saw active service in France for a year. He was wounded and gained the Military Cross. Later his ship to Mesopotamia was torpedoed but he was rescued with others and completed his service. He was called to the English bar in 1919 and started practice in 1920 in Johannesburg. He took silk in 1935. In 1937 he was appointed to the Transvaal provincial division and in 1945 he was elevated to this bench. His many judgments show him to have been a thorough, incisive and versatile jurist with great facility, even persuasive facility of expression. His authoritative judgments cover nearly all branches of our law. In the law reports from 1945 to the beginning of 1961 there appear no less than 310 judgments of Oliver Schreiner delivered in this court, including a number of dissenting judgments. His achievements are not to be found in the research and application of the old authorities, although he easily could do this and actually did so in a number of cases, but rather

in a pure precedential and intellectual legal approach. He himself put it as follows in one of his Hamlyn Trust lectures:

> "When there is no authoritative South African precedent on a point to be decided there may be relevant matter in the works of the Roman-Dutch jurists, which we sometimes call 'the old books.' If what they say is clear, and all their views concur, the conclusion will ordinarily be applied, unless it is manifestly obsolete or unsuited to the circumstances of today. But sometimes there are no more than general propositions, bald and vague, in the old books, and it is then difficult to be confident that they were meant to cover such a point as the one in issue. Or different writers may express different views. In such cases a balance will have to be struck between the technically superior authority of the old books or the more weighty of them, and the considerations of justice, reasonableness and convenience which may support a different view, and which may be backed by foreign cases or legal writings that are clear, convincing and precisely in point. The court has then to decide which view it considers ought rightly be held to represent the South African law."

The history and fabric of our law is so rich and complex that even those who prefer to make a closer study of the so-called "old books" will readily admit the vast contribution Oliver Schreiner has made to the development of South African law.

After his retirement from this bench in 1960, Oliver Schreiner became judge president of the appeal court of Botswana, Lesotho and Swaziland for some time. He was also a greatly respected chancellor of the University of the Witwatersrand from 1962 to 1974, an achievement the nature of which may well be unequalled by any retired judge anywhere. He had other interests too, but on this occasion I have said enough. A great man has come and gone. His memory will last as long as our legal system exists in this country. This will, we hope, console his family, to whom we extend our deep sympathy.

Petrus Johannes van Blerk 1906–1980 †

Die tweede oud-kollega van ons, wie se heengaan ons betreur, het nie so lank gelede nie nog met ons vertoef. PJ van Blerk (Pietie – soos hy by ons bekend was) is op 'n familieplaas in die distrik Malmesbury gebore. Hy het aan die Universiteit van Stellenbosch gestudeer waar hy in 1926 die BA-graad en in 1928 die LLB verwerf het. In Kaapstad was hy klerk van regter Louwrens en daarna het hy hom as prokureur bekwaam en as sodanig eers in Bloemfontein en later in Ladybrand gepraktiseer. In 1941 het hy hier in Bloemfontein tot die balie toegetree en ook vir 'n aantal jare saans lesings in die regte aan die destydse UKOVS gegee. In 1949 het hy senior advokaat geword en na enkele periodes as waarnemende regter in Windhoek en Kimberley, is hy in 1952 as regter in die Oranje Vrystaat aangestel. In 1955 het hy regter-president geword en in 1958 is hy tot appèlregter benoem. In 1976 het hy die verpligte aftreeouderdom bereik. Omdat hy nog so gesond en lewenslustig was, was sy afsterwe vir ons onverwags. Hy was 'n minlike en opgewekte kollega, en saam met sy vrou Anna was hulle 'n gasvrye egpaar.

Ek het vroeër verwys na die ryk en histories-verweefde regstelsel van ons land. Van Blerk was gedurende die lang termyn van sy diens op die appèlhof 'n verteenwoordiger van diegene wat geneë was om waar moontlik

ons ou skrywers deegliker te ondersoek en die ontwikkeling van ons reg te laat plaasvind met groter beklemtoning van die waarde van die ou skrywers. Dit is duidelik dat hy, wat hierdie benadering betref, die pad gevolg het van Toon van den Heever en veral LC Steyn wat in hierdie periode die rigtingaanduiers was. As gevolg van sy houding en ook van 'n aantal uitsprake deur hom gelewer, het Van Blerk, en ander saam met hom, die slinger wat ten opsigte van sekere dele van die reg miskien te ver geswaai het weer terug laat swaai. Oliver Schreiner het later self na hierdie rigting in die appèlhof ietwat krities verwys, maar tog uitdruklik verklaar en bevestig dat die Engelse reg, vir sover dit nie in ons reg geabsorbeer is nie, 'n vreemde reg is. So sê hy in 'n Hamlyn Trust-lesing:

> "So the English law of today derives no added persuasive authority from the fact that a great deal of English law has been absorbed into our law. The absorbed part is ours, the rest is foreign. And English textbook writers also stand on their own merits as experts in English law, including those parts of it that our law has absorbed, but they have no added authority by reason of the fact that we have absorbed much English law."

Ek dink dat die Suid-Afrikaanse juris op die helder standpunt van Schreiner hierbo genoem en die benadering van Van Blerk met vrug kan voortbou mits in gedagte gehou word dat sekere dele van ons reg nader aan die Engelse reg lê, terwyl ander dele beter aan die hand van ons ou skrywers en moderne kontinentale reg ontwikkel kan word. Ons dink ook aan Van Blerk as iemand wat Afrikaans beter tot sy reg laat kom het in hierdie hof. Vroeër het dit soms gelyk asof Afrikaans hier nie juis welkom was nie. Tans geniet dit, danksy Van Blerk en ander, die aansien wat die Afrikaanse bevolking verdien. Aan Pietie se weduwee, hul kinders en hul familie bied ons ons innige simpatie. □

Ohne Authorität kann der Mensch nicht existieren und doch bringt sie ebenso viel Irrtum als Wahrheit mit sich.

Goethe Maximen und Reflexionen *nr 11 174.*

Kan 'n minderjarige sonder die toestemming van sy ouers regsgeldig in die huwelik bevestig word?

D Pont

LLB Dr Iur
Emeritus Professor, voorheen Dekaan van die Fakulteit Regsgeleerdheid van die Universiteit van Pretoria en van die Universiteitskollege van Fort Hare

SUMMARY

In 1972 in Meyerton, Transvaal, a magistrate purported to solemnize a marriage between two minors on the strength of letters of consent, ostensibly granted by their parents, but which had in fact been forged. Some time later the young man was charged with and convicted of abduction. At the same trial both minors were also found guilty of fraud.

These facts serve as motive for a detailed analysis of: the nature of marriage as a jural act; the role which the community, as represented by the marriage officer or judge, plays in the creation and dissolution of a marriage; the fundamental difference between marriage and concubinage; the nature of parental consent as a jural act and the rules of evidence relating to such consent; the capacity of a minor to enter into jural acts in general and into marriage in particular; the distinction between the purported marriage of a minor who enters into it without the consent of his parents and a so-called clandestine marriage; the reformational origins of our present law relating to the solemnization of marriage; and parental authority and the iniuria implicit in any wilful disregard of that authority.

The author comes to the conclusion not only that a minor's "marriage" entered into without the consent of his parents is of no force and effect, but also that the printed form in which the consent of the parents had to be expressed did not comply with the provisions of the Marriage Act 25 of 1961 and the requirements of the law of evidence. The form should have provided for a certificate by a commissioner of oaths of the authenticity of the signatures of the parents. In casu the illegal form enabled the minors to produce the invalid letters of consent. They were misled by the authorities and should have been acquitted on the charge of fraud. The young man should also not have been found guilty of abduction in that the abduction would probably not have taken place had the magistrate insisted on the production of legally valid written consent by the parents of the girl, as required by the Marriage Act.

1 INLEIDING

Die feite na aanleiding waarvan die bostaande vraag hier ter sprake gebring word, het hulle afgespeel op 17 Julie 1972 in Meyerton, Transvaal, binne die regsgebied van die hooggeregshof van die noordelike provinsie van die Republiek van Suid-Afrika waarvan onlangs die honderdjarige bestaan plegtig gevier is. Die feite is ontleen aan koerantberigte in die

veronderstelling dat die gepubliseerde verslae wat die feite betref korrek is.[1]

'n Landdros het twee minderjariges in die huwelik bevestig, soos dit in die berigte heet. Die bevestiging het plaasgevind in die plaaslike landdroskantoor waar elkeen toegang het, ten oorstaan van die landdros ampshalwe[2] as bevestiger namens die landsowerheid van die troubeloftes oor en weer van die partye in die teenwoordigheid van twee persone wat die minderjariges vergesel het om te getuig.[3] Die getuies het kennis gedra van die handeling wat die troupaar beoog het om te verrig. Die verrigtinge het verloop ooreenkomstig die bepalings van die betrokke wet,[4] behalwe dat die skriftelike toestemming van die ouers wat ons gemenereg[5] en die betrokke wet[6] as voorvereiste ten opsigte van huweliksbevestiging van minderjariges voorskryf, ten aansien van die man sowel as die meisie nie verleen was nie. Regtens was die twee nie bevoeg om bindende troubeloftes op eie gesag af te lê nie, want hulle was minderjariges onderworpe aan die gesag van hul ouers.[7] Regtens was hulle dus ook nie bevoeg om deur die landdros ampshalwe namens die landsowerheid kragtens die bepalings van die betrokke wet[8] in die huwelik bevestig en tot die huwelikstaat toegelaat te word nie, aangesien hulle onbevoeg was om die staat van ongetroude persoon sonder uitdruklike emansipasie daaruit, te verlaat. En regtens was die landdros nie bevoeg om die twee pseudo-huwelikskandidate op grond van hul wedersydse beloftes in die huwelik te bevestig nie. Regtens is 'n landdros se bevoegdheid ampshalwe steeds imperatief begrens deur die bepalings van ons reg waaraan hy sy bevoegdheid om op te tree, ontleen. Buite die wetgewer om is niemand in die land bevoeg om aan dié genoemde bepalings iets toe te voeg of op af te ding wat die landdros sou kan magtig

---

[1]*Die Burger* en *Rand Daily Mail* van 22 en 23 Julie 1972.

[2]wet 25 van 1961 a 2. In die Afrikaanse teks gebruik die wetgewer die Latynse woorde "ex officio." Dit dui op die landdros in sy regterlike hoedanigheid sittende in die saak wat die partye voor hom aanhangig gemaak het, handelende en oordelende ooreenkomstig die regsbepalings wat op die saak van toepassing is.

[3]wet 25 van 1961 a 29: "in die teenwoordigheid van . . . minstens twee bevoegde getuies." Wat die funksie van die getuies is, word nie deur die wet bepaal nie. Die antwoord vind ons in die gemenereg. Hul plig is om voor die huweliksbevestiger getuienis af te lê van die bevoegdheid van die partye om te trou en met mekaar te trou en van hul bekwaamheid om die pligte wat uit die huwelikstaat voortvloei na te kom; ook om getuie te wees van die uitwisseling van die troubeloftes en die bevestiging daarvan deur die landdros; dus om na bevestiging plaasgevind het teenoor persone wat nie self teenwoordig was nie te getuig dat die partye in huwelikstaat saamleef en nie in konkubinaat nie.

[4]wet 25 van 1961 soos gewysig in 1964, 1968, 1970 en 1972.

[5]De Groot 1 5 14–16; Van der Keessel *Th* 75 en *Praelectiones* op Gr 1 5 14; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 3 2, 1 3 6 II en 1 4 1. Kinders kan tydens minderjarigheid sonder die toestemming van hul ouers geen verbintenis in regte met 'n derde persoon aangaan nie.

[6]wet 25 van 1961 a 24(1): Geen huweliksbevestiger mag 'n huwelik voltrek tussen partye van wie een of altwee minderjariges is tensy die toestemming van die party of partye wat *regtens* vir die aangaan van die huwelik vereis word, verleen en *op skrif* aan hom verstrek is nie.

[7]Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 2 5 en 1 4 1.

[8]wet 25 van 1961.

om die gestelde grense te oorskry nie. Dit is 'n algemeen bekende beginsel van ons reg.

2 DIE HUWELIK

Volgens ons reg is die huwelik 'n staat.[9] Die partye by die huweliksverhouding staan saam binne 'n onderlinge regsverband waaruit vir elkeen verpligtinge en regte voortvloei en waaruit buitendien vir derde persone, dit is die kinders wat gebore word, bloed- en aanverwante sowel as skuldeisers en die belastinggaarder, eweneens regte voortvloei. Die inhoud van die verpligtinge en die regte word nie, soos by die aangaan van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms, deur die partye self in onderlinge oorleg bepaal nie, maar is vanouds deur ons reg vasgestel buite die toedoen van die partye om. Hulle is wel bevoeg om voor die huweliksluiting en tydens die bestaan van die huwelik onderlinge afsprake daaraan toe te voeg met 'n aanvullende of wysigende strekking waarmee hulle beoog om mekaar te bind, maar is nie bevoeg om onderling afsprake aan te gaan wat inbreuk maak op die inhoud van gebiedend deur ons reg vasgestelde norme nie.[10] Hierdie onderskeid moet as uitgangspunt dien by die beoordeling van die gebeure in die Meyerton-geval.

3 DIE HUWELIK IS GEEN KONTRAK NIE

Verwarring word hier by ons gestig deur die houding van juriste wat betoog dat die huwelik 'n kontrak sou wees. Word die stelling aanvaar, sou uit hoofde van die outonomie van die partye daaruit volg dat by die aangaan van hul huwelik die partye by onderlinge afspraak self bepaal wat die inhoud van die verpligtinge is wat hulle as getroudes teenoor mekaar – en gesamentlik teenoor derde persone – regtens sal bind. Dit is egter in stryd met die bepalings van ons reg. Verder sou daaruit voortvloei – aangesien ons ons dan sou bevind op die gebied van die outonomie van die partye – dat daar geen funksie is om te verrig deur 'n verteenwoordiger van die landsowerheid as huweliksbevestiger nie. Die gebeure sou naamlik in dié geval geen komponent bevat wat – ten einde regskrag te erlang – in diens van die skepping en handhawing van goeie orde en openbare belang, van owerheidsweë bevestig sou moet word nie. Gesinsvorming, die vorming van die belangrikste gemeenskap wat ons reg ken, is egter 'n saak waarby die volks- en regsgenote en hul owerheid belang het en waarin hulle dus ook belangstel en geregtig is om belang in te stel. Dit verklaar die bestaan van die regsbepalings ten opsigte van die bevestiging van troubeloftes van owerheidsweë ooreenkomstig die reg.

Die opvatting van die huwelik as 'n kontrak is dan ook in stryd met die reformatoriese aard van die reëling van die huweliksbevestiging in ons reg, waarvolgens totstandkoming van 'n huwelik 'n gebeurtenis is waarby omrede van sy betekenis vir die volkslewe, lede van die families van die

---

[9]Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 1 2, 1 1 5 en 1 2 1. Sien ook die huweliksformulier in gebruik by die drie Hollandse kerke in Suid-Afrika (toevoeging tot *Die Berymde Psalms en Evangeliese Gesange* (1969) 169 ev).

[10]De Groot 1 3 8, 1 5 24 en 2 11 8.

partye en van die godsdienstige gemeenskappe waarvan hulle deel vorm, betrek word.[11] Die beginsel word bevestig deur die reëling wat die wetgewer getref het waarvolgens inseëning in die huwelikstaat kan plaasvind onmiddellik na die totstandkoming daarvan deur die bevestiging van die troubeloftes van owerheidsweë.[12] Dit word verder bevestig deur die reëling waarvolgens die kerkdienaar wat geroepe is om die partye in die huwelikstaat in te seën deur hulle gekies kan word om as hul "iudex" die daaraan voorafgaande bevestiging van hul troubeloftes namens die owerheid te verrig.

4 DIE TOETREDING TOT EN DIE UITTREDING UIT DIE HUWELIKSTAAT

Omdat die openbare belang daarby betrokke is, word die toetreding tot (die troue) en die uittreding uit die huwelikstaat (die egskeiding) deur die reg gereël en deur die landsowerheid beheer. Die reëling van die betreffende regsprosesse lei tot 'n regterlike oordeel in beide gevalle. Aangesien die regshandeling van betreding van die huwelikstaat nie kontensieus van aard is nie, maar lei tot 'n deur beide partye gewenste nuwe regstoestand wat deur die regterlike vonnis gekonstitueer word,[13] speel die proses hom af in die laer hof ten oorstaan van die landdros.[14]

---

[11]Die reformatoriese karakter van die huweliksbevestiging en daarmee van die huwelikstaat in ons reg van vandag volg uit en word bevestig deur die gebruik van die werkwoord "voltrek" in a 24(1) en ander artikels van wet 25 van 1961. Die woord "voltrek" dui aan dat die regsverhouding van die partye wat deur die woord "huwelikstaat" aangedui word tot stand kom op die oomblik van die uitspraak deur die huweliksbevestiger van sy bevestigende bevinding van die geldigheid van die troubeloftes van die partye.
Die gebruik van die woord "voltrek" in hierdie verband beteken Romeins-Hollandsregtelik dat die leer van die totstandkoming van 'n huwelik deur die byslaap wat deur die volksreg, en in uitsonderingsgevalle ook deur die geloofsleer van die kerk van Rome gehuldig is, verwerp is. Die verwerping het geskied deur die aanvaarding as wet van die Politieke Ordonnansie van 1580 (De Groot 1 5 17; Van der Keessel *Th* 87; Van der Keessel *Praelectiones* deel 1 249). Sedert die Reformasie is die reël van ons reg in alle gevalle: "consensus facit nuptias" di die huwelikstaat tree in op grond van die behoorlik gekonstateerde wilsooreenstemming van die partye op voorwaarde dat regsgeldige bewys gelewer en aanvaar is van hul bevoegdheid om hul instemmende wilsverklaring af te lê.
Die plegtige karakter van die totstandkomingshandeling ooreenkomstig ons reg is in ooreenstemming met die betekenis van die lewensskat vir die volkslewe. Die plegtige karakter word ontluister deur die informele wyse te adopteer waarop 'n mondelinge kontrak tussen twee partye tot stand kom.

[12]wet 25 van 1961 a 33: Inseëning van 'n huwelik.

[13]iudicium constitutivum.

[14]As alternatief speel die proses hom af, ten oorstaan van 'n kerkdienaar handelende as huweliksbevestiger kragtens aanstelling deur die landsowerheid en optredende in die vergadering van die gelowiges waarvan die partye lidmate is. Die bevestiging van die troubeloftes en die betreding van die huwelikstaat deur die partye as gevolg daarvan, word dan onmiddellik gevolg deur die kerklike, godsdienstige handeling van inseëning van die partye in die staat. Die plegtigheid wat uit twee handelinge, die bevestiging op die gebied van die reg en die inseëning op die gebied van die kerklike, godsdienstige lewe bestaan, vorm een geheel, maar so ingerig dat die inseëning op die bevestiging volg, aangesien die inseëning van partye in die huwelikstaat slegs kan geskied nadat die huwelikstaat deur bevestiging van die troubeloftes in regte tot stand gekom het.

Die prosedure wat in ons reg gevolg word, is ontleen aan die Romeinsregterlike formula-proses. Die herkoms van die prosedure verklaar die gebruik van die woord formulier as kantskrif by die betrokke wetsartikel.[15] Die herkoms verklaar ook dat 'n kerkdienaar deur die partye as hul "iudex" gekies kan word om die oordeel te vorm en uit te spreek na aanleiding van die bepalings van die formula wat opgestel is deur die hedendaagse instansie wat regtens met die "imperium" beklee is soos die praetor in Rome dit was, naamlik ons wetgewer.[16]

Aangesien uittreding uit die huwelikstaat 'n kontensieuse proses is wat tot verlies van regte lei, speel die proses hom af in die hooggeregshof ten oorstaan van 'n regter. Die uittreding uit die huwelikstaat vind dan plaas kragtens regterlike vonnis in die hooggeregshof.

In beide gevalle word die vonnis in die openbaar uitgespreek nadat die saak in die openbaar gedien het, vir almal om van kennis te neem.[17]

5 DIE BETREDING VAN DIE HUWELIKSTAAT

Ons gemenereg bepaal dat by die betreding van die huwelikstaat die partye wat met mekaar trou elkeen sekere verpligtinge op hom neem waarvolgens aan die ander party en aan derde persone sekere regte toekom. Met die oog op die beskerming van die regte van die betrokke persone, is dit by die huwelksluiting regtens noodsaaklik om vas te stel dat die troupaar wat die verpligtinge onderneem, laat blyk, dit is bewys:

a dat hulle kennis dra van die verpligtinge wat van regsweë aan hulle opgelê word,
b dat hulle bereid is om die verpligtinge te aanvaar,
c dat dus hul jawoord nie slegs 'n jawoord is wat 'n begeerte om met die ander getroud te wees verklaar nie, maar ook die *wil* en die *bedoeling* om die bestaande verpligtinge in regte getrou na te kom.

Ooreenkomstig ons geldende reg is dit die amptelike taak van die huweliksbevestiger om die vasstelling te verrig. Dit is sy taak om in die openbaar sy oordeel (iudicum) daaroor uit te spreek.[18]

In geval 'n minderjarige by 'n huweliksbevestiging 'n party is, stel die regsbeginsels van beskerming van minderjariges die eis dat maatreëls getref

---

[15]a 30 wet 25 van 1961.

[16]Die toelating tot die huwelikstaat is, net soos die toelating tot die burgerstaat (naturalisasie), volgens ons reg die uitoefening van 'n daad van soewereiniteit wat deur die landsreg beheers word en geskied deur die instansie wat volgens ons reg met die uitoefening van die soewereiniteit beklee is.

[17]De Groot 1 5 16: "opentlic;" huweliksformulier van die Afrikaanse kerke: "openlik." Dit sluit alle heimlikheid uitdruklik uit.

[18]Aangesien die lewe van twee persone in die huwelikstaat volgens ons reg 'n toestand is waarby nie net die partye nie, maar die gemeenskap ook betrokke is (dus anders as by 'n kontrak) volg dit dat by die partye oor en weer maar ook vir die gemeenskap in die algemeen (dit is elkeen wat daartoe behoort en daarby betrokke is of word) moet vasstaan dat die partye kennis dra van die verpligtinge wat hulle in regte aangaan, regtens bevoeg is om die verpligtinge aan te gaan, en besluit het, elkeen vir hom- of haarself, om die verpligtinge getrou na te kom. Al drie genoemde kante van die saak moet dus vasgestel word in die openbaar. Daarop is ons bestaande regsreëling gerig.

word om te verseker dat die minderjarige hom nie tot iets verplig waarvan hy geen kennis dra of waaraan hy nog nie kan voldoen nie. Op dié regsbeginsels is die prosesregreëls van die huweliksbevestiging in ons regssisteem opgebou. Daarvolgens moet die gebeure in Meyerton beoordeel word.

6 WAT DIE MINDERJARIGES BEOOG HET

Die twee jong mense wat hulle in die geselskap van hul getuies by die landdros aangemeld het, het albei kennis gedra van die bepaling van ons reg wat voorskryf dat die skriftelike toestemming van hul ouers vir 'n regsgeldige huweliksbevestiging 'n vereiste is. (Dit blyk uit getuienis voorgelê by 'n latere strafsaak waarop hieronder teruggekom word.)

Hulle het ook geweet – net soos hul getuies – dat die sogenaamde konsentbriewe wat hulle saamgebring het, nie aan die deur die reg gestelde vereistes voldoen nie. Nogtans het hulle hulle vir huweliksbevestiging aangemeld. Wat hulle beoog het, kon onmoontlik 'n regsgeldige huweliksbevestiging gewees het. Wat hulle wel kon beoog het, was om 'n ooreenkoms van konkubinaat aan te gaan wat deur die landdros, indien hy daarvoor te vinde sou wees, bevestig moes word om in hul geval respektabiliteitshalwe as substituut te dien vir 'n huweliksbevestiging in regte waartoe hul ouers, soos hulle besef het, nie sou wil instem nie.

Ook indien die landdros hom tot deelname aan die plan sou laat verlei het, soos hy gedoen het, kon die kinders nogtans nie in hul opset slaag nie. Konkubinaat word deur ons gemenereg nie erken nie. Weliswaar het ons wetgewer die verpligting tot kennisgewing van voorneme om in die huwelik te tree – die gebooie – uit ons reg verwyder.[19] Die genoemde verpligte kennisgewing – wat in die openbaar afgekondig moes word, driemaal met weeklikse tussenposes, of "ad valvas" gedurende dieselfde periode vir algemene kennisname tentoongestel – het gedien om almal wat van enige beswaar teen die voltrekking van die huwelik weet, op te roep om die amptelike huweliksbevestiger daarvan in kennis te stel en sodoende te verhinder dat die bevestiging plaasvind.[20] Dié openbare kennisgewing het die onderskeid tussen betreding van die huwelikstaat aan die een kant en die aangaan van 'n konkubinaatsverhouding aan die ander kant vir derdes duidelik beklemtoon.

Die genoemde afskaffingsbepaling minimiseer die destyds bestaande van die voorgeslag oorgeërfde duidelike onderskeid tussen betreding van die huwelikstaat in regte en die vormlose manier van aangaan van 'n konkubinaatsverhouding buite die ordenende heerskappy van ons reg. Die minimisering doen afbreuk aan die aansien van die huwelikstaat en strek tot nadeel van die openbare sedes soos die Meyerton-geval ons leer. In die lig van die gebeure wat hier ter sprake is, maak die huidige stand van sake wat ingetree het as gevolg daarvan, aanspraak op hersiening deur die betrokke owerhede. Die uitgangspunt van die voorafgaande betoog vir her-

---

[19]wet 51 van 1970.
[20]Sien die excursus aan die einde van hierdie artikel.

siening is die veronderstelling dat ons landsowerheid inderdaad beoog om die duidelike onderskeid wat in die reformatoriese reg bestaan tussen huwelikstaat en konkubinaat, in die toekoms te laat voortbestaan as lewende onderdeel van die reëling van ons reg.

Vir die landdros van Meyerton was daar in regte geen grond aanwesig om aan 'n konkubinaatsooreenkoms erkenning te verleen nie. Die verrigtinge waaraan hy deelgeneem het, was, wat die huweliksbevestiger ampshalwe betref, 'n skyn-troue en niks meer nie. Regtens het in die geheel geen gevolge ingetree nie.

By die huweliksbevestiging ingevolge die beginsels van die Romeins-Hollandse reg soos dit in 1652 hier te lande oorgeplant is, plaas die huweliksbevestiger deur bevestiging van die troubeloftes van die troupaar die partye onder die gesag van die norme van ons reg wat opgestel is om die gedraginge van die eggenote, saam in huwelikstaat verenig, regtens te bepaal.

Aangesien die handeling van die minderjariges in die Meyerton-geval egter nie uit hoofde van die regtens vereiste gesagsuitoefening van hul ouers plaasgevind het nie, was die landdros nie bevoeg om die kinders regtens onder die gesag van die norme van die huwelikstaat te plaas nie. Hulle is dan ook by dié geleentheid inderdaad in die geheel nie onder enige gesag geplaas nie. Die landdros was geensins beklee met 'n bevoegdheid om in die plek van die ouers – wat geen toestemming verleen het nie – self die toestemming te verleen wat ons reg ter beskerming van minderjariges voorskryf nie. Bevoegdheid om in die plek van die ouers toestemming tot die huweliksbevestiging van 'n minderjarige te verleen, word deur ons gemenereg en die betrokke wet aan die hooggeregshof toegeken, en aan die hooggeregshof alleen.[21]

Dit sou usurpasie van regsmag aan die kant van 'n landdros wees om die toestemming te verleen. Dit volg dat in die loop van die verrigtinge wat ons hier bespreek, geen nuwe gesag regtens deur die landdros oor die minderjariges gevestig is nie. Die skyn-troue het die bestaande ouerlike gesag nie deur die regsgesag van die huwelikstaat vervang nie, alhoewel afgaande op uiterlikhede van die gebeure blykbaar deur die een of ander aanvaar is dat daar in regte wel iets van die aard sou kon plaasgevind het. Maar ook indien daar so 'n aanvaarding deur wie ook al was, sou dit in regte geen effek kon gehad en dus ook geen magtiging verleen het nie. Reg skep orde en handhaaf dit. Geen dienaar van die reg is in diens van die skepping van chaos nie.

7 VERSUIM VAN TOEPASSING VAN DIE GELDENDE BEWYSREGREËLS

Die feit dat die skyn-troue kon plaasgevind het, moet toegeskryf word aan 'n tekortkoming in die toepassing van die bepalings van ons geldende bewysreg en aan geen ander oorsaak nie. Die konsentbriewe wat die kinders aan die landdros voorgelê het, was altwee vervals, maar is vir eg aanvaar

---

[21]a 25(4) van wet 25 van 1961.

sonder dat die landdros hom eers vergewis het van die egtheid in regte van die twee stukke ooreenkomstig die bepalings van die bewysreg wat by die regsbedeling in ons howe deur regters sowel as landdroste van toepassing is en dus ook nagekom behoort te word om regsgevolge te laat intree.

8 DIE REGSHANDELING VAN SKRIFTELIKE TOESTEMMINGVERLENING

Om 'n skriftelike magtigende toestemming te verleen ooreenkomstig 'n regsbepaling ten einde 'n regshandeling regsgeldig te laat verrig, is self 'n regshandeling.[22] Van die magtigende toestemmingshandeling moet ooreenkomstig die bepalings van ons bewysreg bewys gelewer word om regsgevolge te laat intree. Hierdie regsbeginsel is in die onderhawige geval nie nageleef nie. Regtens het die gevolge wat deur die verrigting van die handeling beoog word dus nie ingetree nie. Die deur die wetgewer normatief vasgestelde manier van totstandkoming van die huwelikstaat, is die basis van die erkenning van die huwelik deur ons reg. Word die voorgeskrewe manier nie gevolg nie, soos in die Meyerton-geval, is daar in regte vir die erkenning van die handeling geen grond nie. Regtens is die handeling 'n nul.

9 DIE BESKERMING VAN MINDERJARIGES BY DIE VERRIGTING VAN 'N REGSHANDELING WAARUIT 'N VERPLIGTING VOLG

Die beskerming van minderjariges by deelneming aan die verkeer in regte is 'n owerheidsplig wat sedert die aanvaarding van die Christelike geloofsleer deur ons voorgeslagte in ons reg geresipieer is en deel daarvan vorm. Die minderjarige ontleen aan die genoemde beginsel 'n reg op beskerming van owerheidsweë by deelneming aan die verrigting van 'n regshandeling. Die reg lê 'n ooreenstemmende plig op elke owerheidsamptenaar wat in dié verband met die kind in 'n regsprekende, regsbedelende of uitvoerende funksie in aanraking kom. 'n Voorbeeld van dié beginsel vind ons in artikel 25 van die wet wat die huweliksbevestigingsprosedure reël.[23] Elke minderjarige is, alvorens hy in die huwelik bevestig word, geregtig op oorweging deur 'n regtens bevoegde persoon, namens hom, van die vraag of dit in sy belang is om met sy toekomstige eggenoot ooreenkomstig die gemenereg in gemeenskap van goed te trou, dan wel 'n kontrak aan te gaan waarvolgens die bepaling van ons gemenereg ten opsigte van huweliksluiting in gemeenskap van goed in die geheel of ten dele deur ander bepalings vervang word.

---

[22]'n Regshandeling is 'n handeling, van persone wat regtens daartoe bevoeg is, uit welke handeling regsgevolge voortvloei.
Die regsgevolg van die skriftelike (dus aan vorm gebonde) toestemmingshandeling van die ouers van 'n minderjarige is dat die minderjarige daardeur beklee word met die bevoegdheid in regte om regsgeldig troubeloftes met 'n ander uit te wissel vir bevestiging deur 'n huweliksbevestiger namens die landsowerheid ooreenkomstig die bestaande reg.

[23]wet 25 van 1961.

Ons reg bepaal aldus omdat die belang van die minderjarige in sy persoonlike omstandighede daarmee gedien is. Dieselfde oorweging geld tydens minderjarigheid by die keuse van 'n huweliksmaat.[24] Dit volg dat in geval 'n landdros 'n minderjarige sonder regsgeldige bewys van die toestemming van sy ouers in die huwelik sou bevestig, hy die kind beroof van die deur ons reg ingestelde beskerming wat die oordeel van die kind se ouers verleen ten aansien van die vraag of die keuse van die voorgestelde huweliksmaat die regte is en of gemeenskap van goed dan wel uitsluiting daarvan in die kind se belang is. In sy hoedanigheid van owerheidsverteenwoordiger maak 'n landdros wat so handel ten onregte inbreuk op die minderjarige se reg op ouerlike beskerming teen sy eie gebrek aan lewenservaring en onkunde van die reg; ook maak hy inbreuk op die reg op beskerming teen die moontlikheid dat derde persone van die gebrek van die kind misbruik maak om hom te benadeel. Buitendien maak die landdros inbreuk op die gesagsreg van die ouers wat regtens beklee is met die bevoegdheid om hul kind te beskerm uit hoofde van hul ouerlike gesag. Die landdros pleeg daarmee 'n onregmatige daad teen die persoonlikheid van die ouers in hul hoedanigheid van ouers. Omdat ons reg die landdroshuweliksbevestiger daarvan wil weerhou om onregmatige dade teen 'n kind en sy ouers te pleeg, stel ons reg huweliksbevestiging van 'n minderjarige kind onderworpe aan die bewese skriftelike toestemming van sy ouers. En die bewys van die verlening van die toestemming geskied in ooreenstemming met die bepalings van ons bewysreg. Verlening van toestemming word nie van regsweë vermoed nie.

Dit is die nie-nakoming van die reëls van ons bewysreg wat die Meyerton-geval tot 'n onbegryplike gebeurtenis in die regsgeskiedenis van die hooggeregshof van Pretoria maak. Omdat onlangs binne die jurisdiksiegebied van dieselfde hof 'n ooreenkomstige voorval plaasgevind het, en daar dus sprake kan wees van iets anders as net 'n insidentele onverklaarbare verontagsaming van die bewysregreëls in ons landdroshowe by die regsbedeling, word die vraag hier uitdruklik aanhangig gemaak.[25] Verontagsaming van die reëls van bewysreg in landdroshowe sal die vertroue van die publiek in die regsbedeling ongunstig beïnvloed, afgesien van die sedelike verwording by die huwelksluiting waarvan die gevalle getuig.

10 VOORBEELDE VAN DIE BESKERMING VAN MINDERJARIGES BY DIE VERRIGTING VAN REGSHANDELINGE IN ONS HUIDIGE REG

Gesteld dat die twee minderjariges, alvorens hulle by die landdros aan te meld, uit eie beweging sou besluit het om eers by 'n notaris 'n huweliksvoorwaardeskontrak te laat opstel om te teken, sou die notaris geen genoeë geneem het met die stukke beskrewe papier waarvan bloot voorgegee is

---

[24]In die geval van *Willenburg v Willenburg* (1909) 3 Buch AC 409 het die minderjarige meisie van die kant van die huweliksbevestiger nie die beskerming ontvang waarop sy kragtens die gemenereg aanspraak kon maak nie. Dit blyk oa uit die volgende opmerkings van r Hopley: "the carelessness of the marriage officer" 412 en "a most improper proceeding" 414.

[25]Van die geval word verslag gedoen in *Rapport* van 1976 10 17 op bladsy 11.

dat dit die toestemming van die ouers wat ons reg vereis, behels nie. Die notaris sou summier regtens onaanvaarbaar verklaar het wat die landdros sonder meer vir eg aanvaar het. As amptenaar van die hooggeregshof sou die notaris daarop gestaan het om bewys van toestemming van die ouers te ontvang in ooreenstemming met die bepalings van die bewysreg wat in die hooggeregshof toegepas word. In sy amp van notaris staan hy allereers in diens van die bewese waarheid van die feite. Op grond van die bepalings van die betrokke wet sowel as van die gemenereg word dieselfde houding van 'n landdros verwag deur ouers van minderjariges wat geregtig is om daarop staat te maak dat hul ouerlike gesag steeds deur alle landsowerheidspersone gehandhaaf word.

En gesteld dat die twee minderjariges op hul pad na die landdroskantoor eers by 'n tweedehandse meubelwinkel ingegaan het om die allernodigste meubels vir 'n gesamentlike onderdak op huurkoop aan te skaf, sou die huurkoop-verkoper ten opsigte van die aangaan van die beskeie regshandeling wat die kinders beoog het, geen genoeë geneem het met die soort bewysstuk van ouerlike toestemming ten aansien van die transaksie soos aan die landdros voorgelê is nie. Die meubelverkoper sou geen sent krediet aan die papier toegeken het nie. 'n Mens vra jou af hoe dit kon gebeur het dat die stukke deur 'n landdros aanvaar is as voldoende om 'n huweliksband vir die lewe namens die landsowerheid te lê, ongeag die bepalings van ons reg wat dit nie toelaat nie, ongeag die lewensgeluk van die jong mense wat daarby betrokke was, ongeag die gevestigde gesag van die kinders se ouers en hul aandeel in die handhawing van die bestaande huweliksedes, waarvan die geestelike gesondheid van die volkslewe afhanklik is.

11 DIE KARDINALE VRAAG

Die vraag wat ter sprake is, is of die twee minderjariges tydens die verrigtinge ten oorstaan van die landdros ampshalwe enige verpligtinge in regte aanvaar het, die een ten opsigte van die ander en die twee gesamentlik ten opsigte van die betrokke derde persone en in die algemeen ten opsigte van die volksgemeenskap waarvan hulle deur geboorte deel vorm. Aangesien daar geen regsgeldige bewys van skriftelike toestemming van hul ouers voorgelê en aanvaar is nie, soos die wet dit wel vereis, en aangesien die minderjariges geweet het dat dit die geval is, terwyl die genoemde toestemming regtens onmisbaar is om verpligtinge wat uit die huwelikstaat gebiedend voortvloei in die lewe te roep, is die slotsom waartoe hierdie betoog ons lei dat die twee kinders volkome onverplig in regte saam uit die landdroskantoor weggestap het met 'n trousertifikaat, ampshalwe deur die landdros aan hulle uitgereik, in die sak. Die sertifikaat het van die bestaan in regte van 'n feit getuig wat regtens nooit tot stand gekom het nie.

12 HOE IS DIT MOONTLIK?

Nadat die kinders by die landdroskantoor weg is, het die vader van die meisie by die landdros kom verneem wat gebeur het. Die landdros het hom na die hooggeregshof in Pretoria verwys, skryf die koerant. Wat die vader daar moes gaan uitrig, verneem ons nie. Die koerant sou seker 'n leemte in die kennis van sy lesers aangevul het deur dit kortliks te ver-

duidelik.[26] Dit was werklik geen geleentheid om die vader van die meisie ampshalwe vriendskaplik met 'n kluitjie in die riet weg te stuur nie. Op grond van sy ouerlike gesag het die vader regtens 'n aanspraak kon laat geld op verduideliking van wat volgens die opvatting van die landdros met sy minderjarige kind gebeur het, en waarom.

13 HEIMLIKE HUWELIK

In die berigte in die koerant word melding gemaak van 'n eerste poging om die antwoord wat ons soek, te vind. Die poging het misluk. Daar word na die verrigtinge verwys as 'n heimlike huwelik. Uit die berigte blyk nie wie die fantastiese gedagte gekry het om die gebeurde wat in 'n landdroskantoor ten oorstaan van die landdros ampshalwe en in die teenwoordigheid van getuies plaasgevind het,[27] as heimlik te bestempel nie.

Die begrip "heimlike huwelik" is deur die juriste van die kerk van Rome gekonsipieer. Dit vorm deel van die reëling van die orde wat geld binne dié kerk. Die reëling verdeel die gelowiges in twee groepe of stande, die leke en die geestelikes. Die huwelik is vir die leke bestem. Ten opsigte van die geestelikes geld die reël van die verpligte selibaat.

Die kanonieke reëling van die huwelik, wat omstreeks 1100 AD algemeen aanvaar word binne die regsgebied waar die Romeins-Hollandse reg later die gemenereg geword het, bevat net soos die van oudsher in die gebied geldende Germaanse volksregte, bepalings ten aansien van

a bevoegdheid om te trou;

b kennisgewing van voorneme om in die huwelik te tree (die gebooie) wat 'n statutêre toevoeging van die jaar 802 AD tot die volksregte is;

c verbonde grade van bloed- en aanverwantskap; dit is onbevoegdheid om met mekaar te trou;

d verbod van dubbele huwelik (bigamie);

e toestemming van die ouers uit hoofde van hul huisgesag (munt) of ouerlike gesag ten aansien van die huweliksluiting van hul kind; en

f huweliksontbinding.

Die geloofsleer van die kerk van Rome het die huwelik as 'n suiwer geestelike saak gaan beskou, in afwyking van die geldende volksregte waarvolgens dit 'n wêreldlike saak is. Om dié rede ressorteer volgens kerklike opvatting die vasstelling van die gedragsreëls insake die verhouding van getroudes tot mekaar onder die jurisdiksie van die geestelikheid wat staan onder die supremasie van die biskop van Rome as hoof van die kerk. Beregting van geskille wat uit die huweliksverhouding voortvloei val dus buite die jurisdiksie van die lands-, stads- of volksowerhede en hul amptenare omdat hulle almal leke is. Ouers is ondanks hul ouerlike gesag, nie bevoeg om regsgesag uit te oefen oor hul kind wat in die huwelik tree vir sover

---

[26]'n Geleentheid het ongebruik verby gegaan om die regsgeleerde of regskundige joernalistiek hier by ons tot die peil op te voed van aanbieding met vakkennis van sake van alle relevante feite sonder verpakking om die leser in staat te stel om 'n eie oordeel te vorm oor die gebeurde.

[27]A 29(2) van die betrokke wet bepaal: "'n Huweliksbevestiger moet 'n huwelik voltrek . . . in 'n *openbare kantoor*" (ek kursiveer).

dit die troue betref nie, omdat hulle leke is en die troue 'n suiwer geestelike saak is. Slegs geestelikes oefen op dié gebied regsgesag uit.

Die reëls van die Germaanse volksregte wat van krag was ten tyde van die formulering van die kerk van Rome se leer ten opsigte van die totstandkoming en ontbinding van 'n huwelik, bepaal dat 'n minderjarige die toestemming om te trou van sy ouers of by hul afwesigheid as alternatief van 'n vooraanstaande familielid moes ontvang het, alvorens huwelieksluiting kan plaasvind. Die kanonieke reëling verwerp die volksregtelike reëling nie, maar bepaal geen sanksie om die nakoming van dié bepalings in die praktyk effektief af te dwing nie. Kanoniekregtelik kon 'n huwelik sonder ouerlike toestemming geldig gesluit word. Net so min bestaan daar kanoniekregtelik 'n sanksie om die nakoming van die verpligting van kennisgewing van voorneme om in die huwelik te tree, effektief af te dwing. Kanoniekregtelik kon 'n kind sonder kennisgewing van sy voorneme aan sy ouers 'n huwelik sluit. Omdat die huwelik volgens die kanonieke reg 'n suiwer geestelike saak is, kan dit tot stand kom sonder die teenwoordigheid van familielede en vriende as getuies. Mense wat volksregtelik 'n reg het om teenwoordig te wees en bewys van erkentlikheid daarvoor te ontvang deur deelneming aan 'n onthaal, het kanoniekregtelik geen reg op teenwoordigheid nie. Hulle was leke. Die besluit van die opsighoudende geestelike binne wie se jurisdiksiegebied die huwelieksluiting plaasvind, die biskop, beheer die prosedure en dus ook die nakoming al dan nie van die genoemde bepalings.

In geval 'n biskop van oordeel is dat die huwelieksluiting sonder kennisgewing van voorneme en sonder toestemming van die ouers en buite die teenwoordigheid van leke as getuies – en selfs binne die verbode grade – kan plaasvind, is sy oordeel beslissend. So het die heimlike huwelieksluiting tot stand gekom in teenstelling tot die openbare huwelieksluiting van die volksreg.

Hierdie nuwe reëling het in die regsgebied waaroor later die Hof van Holland as hoogste hof reg spreek, van die twaalfde eeu af aanleiding begin gee tot verwildering van die huweliksedes en verset van die kant van die volk. Dit het, ten tyde van die Reformasie van die kerk binne die regsgebied van die Romeins-Hollandse reg, in die jare na 1572 AD gelei tot die besluit van afskaffing van die kanonieke reëling van huwelieksluiting.

14 DIE REËLING VAN DIE HUWELIKSLUITING VOLGENS ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die kerkhervorming het die verdeling van die gelowiges in geestelikes en leke opgehef. Die opvatting van die huwelik as 'n suiwer geestelike saak het verval. Die kerkhervorming verhef die huwelikstaat tot die saambindende regsverhouding van die volkslewe en herstel die huwelikstug. Die regsgesag van die ouers by die huwelieksluiting van hul kinders word wetlik herbevestig. Gevolglik ken die Romeins-Hollandse reg wat in 1652 aan die Kaap oorgeplant word, nie die heimlike huwelik nie.

Die reg van die Zuid-Afrikaanse Republiek wat in die middel van die 19de eeu oor die Vaal gestig word, ken die heimlike huwelik dus ook nie.

By geleentheid van die vestiging van die gesag van die Britse kroon oor die burgers van die gewese Zuid-Afrikaanse Republiek in 1902 kragtens die vrede van Vereeniging, is die Romeins-Hollandse reg erken as die aangebore reg van die inwoners van die land. Daar bestaan geen grond vir die veronderstelling dat hulle as Britse onderdane hul regsbesef ten opsigte van die huwelikstaat en die betreding daarvan sou verander het nie. Net so min as hulle hulle taal daarmee prysgegee het. Ewemin is daar grond om te veronderstel dat 'n verandering in hul protestantse geloofsleer sou ingetree het in stryd met die bepalings van die grondwette van 1858 en 1889 wat nie meer van krag was nie. Wet 25 van 1961 handhaaf die oorgelewerde reformatoriese standpunt binne die jurisdiksie van die hooggeregshof van Pretoria soos dit daar die afgelope honderd jaar en meer gegeld het en toegepas is en laastelik nog weer bekragtig is deur die vonnis van die huidige regter-president van die hooggeregshof soos gerapporteer in die Johannesburgse *Star* van 1962 11 8.

Volgens die bepalings van die grondwet van die Republiek van Suid-Afrika behoort dit ook nie tot die bevoegdheid van die landsowerheid om die geloofsoortuiging van die burger te probeer verander nie, soos die houding van die landdros impliseer. Die genoemde vonnis vorm steeds deel van die reg wat geld binne die regsgebied van die landdroshof van Meyerton uit hoofde van sy ligging.

Om in Transvaal huwelike te wil bevestig ooreenkomstig reëls wat ontleen is aan die kanoniekregtelike stelsel is, vir sover dit in stryd is met ons eie oorgelewerde reg, onwettig.

15 STRAFVERVOLGING

'n Strafvervolging het in September 1972 in die landdroshof van Meyerton plaasgevind. Dit bewys en bevestig dat die verrigtinge op 17 Julie geen huwelik in regte gekonstitueer het nie. Indien dit wel die geval sou gewees het, sou die prokureur-generaal nie besluit het om te vervolg nie. Die koerantverslae van die hofsitting vermeld dat die minderjarige jong man vervolg is vir ontvoering van die minderjarige meisie uit die gesag van haar ouers, skuldig bevind, veroordeel en gestraf is. Die ouerlike gesag wat die grondslag van alle gesag in die gesagstruktuur van ons samelewing soos ons reg dit ken, is, word in die hof ter sprake gebring. Daar was geen regsgeleerde raadsman teenwoordig om die jong man by te staan in sy verdediging teen die aanklagte teen hom namens die landsowerheid nie. Indien dit wel die geval sou gewees het, sou die raadsman die hof daarop gewys het dat die strafbare ontvoering uit die ouerlike gesag heel moontlik gestuit kon gewees het, indien die landdros sou gestaan het op voorlegging van regsgeldige skriftelike bewys van die toestemming van die meise se ouers, soos die wet dit vereis. Die landdros het op 17 Julie 'n voorbeeld gestel van hoe van owerheidsweë ouerlike gesag geredelik verontagsaam word. Die raadsman sou om versagtende omstandighede by die oplegging van die straf gepleit het of selfs ontslag van regsvervolging omdat die strafhof sou te doen gekry het met 'n minderjarige wat aanspraak kon maak op beskerming van owerheidsweë teen sy eie onvolwassenheid by 'n poging om 'n handeling te verrig waarby 'n owerheidspersoon betrokke was van wie hy nie die beskerming ontvang het nie.

Die jong man en die minderjarige meisie is verder vervolg vir bedrog saam met twee ander persone gepleeg, skuldig bevind, veroordeel en gestraf. Daar is in die hof getuig dat die landdros op 17 Julie die skynhuwelik nie sou bevestig het, indien hy geweet het dat die handtekeninge van die twee ouerpare vervals was nie. Die getuienis is aanvaar. Dit is 'n amptelike erkenning van juridiese bewys van ouerlike toestemming as 'n onmisbare vereiste in regte by die verrigting van 'n regshandeling waardeur 'n minderjarige verplig word. Die regsverteenwoordiger van die minderjariges – indien teenwoordig in die hof – sou die hof versoek het om kennis te neem van die erkenning. Hy sou die gevolgtrekking gemaak het dat met die oog op 'n regsgeldige huweliksbevestiging van minderjariges, die huweliksbevestiger, ooreenkomstig die bepalings van die betrokke wet sowel as van die gemenereg, regsgeldige skriftelike bewys van die toestemming van die ouers moet ontvang het alvorens huweliksbevestiging kon plaasvind. Dit behoort dus tot die regsbedelende funksie van die huweliksbevestiger as sodanig om hom daarvan te weerhou om partye tot die betreding van die huwelikstaat toe te laat totdat hy buite twyfel vasgestel het dat aan al die vereistes – waarvan hy die bestaan moet bevestig – voldoen is.

17 OOR DIE REGSGELDIGHEID VAN VORME EN FORMULIERE

Vervolgens is in die hof getuig dat die vorm wat geteken moet word deur ouers van 'n minderjarige kind wat begeer om in die huwelik te tree, nalaat om voorsiening te tref vir die sertifisering van die egtheid van die handtekeninge van die ouers deur 'n kommissaris van ede. Die formulier voldoen dus nie aan die vereistes wat die bewysreg stel nie. Die regsgeleerde raadsman sou die hof daarop gewys het dat die inrigting en bewoording van 'n vorm of formulier wat deur 'n amptenaar van die uitvoerende gesag verskaf word met die oog op die verrigting van 'n regshandeling ooreenkomstig die bepalings van 'n wet, nooit op dié bepalings inbreuk kan of mag maak nie. In geval so 'n vorm of formulier wel inbreuk sou maak, soos volgens die getuienis die geval was, maak die inbreuk die vorm of formulier ongeldig vir die doel. Die vorm is dan nietig. Niemand word daardeur verplig of verkry daardeur 'n reg nie. 'n Vorm of formulier wat met die oog op die uitvoering van 'n wets- of regsbepaling opgestel is, kan nooit so 'n wets- of regsbepaling sy geldingskrag ontneem nie. Die betrokke regsbepaling bly van krag en onaangetas deur die teks van die vorm of formulier, uit hoofde van die gesag van die wetgewer.

Die opsteller van vorms of formuliere verrig sy werk uit hoofde van 'n bevoegdheid wat die wetgewer aan hom verleen. Sy bevoegdheid by die opstelling is en bly gebind deur die beperkings wat uit die bepalings van die wet volg. Die opsteller kan self aan sy bevoegdheid niks toedoen of afdoen nie. Hy gedra hom ooreenkomstig die bepalings van die wet.

Die raadsman van die minderjariges, indien in die hof aanwesig, sou daarop gewys het dat die illegale opstelling van die vorm dit moontlik gemaak het vir die kinders om 'n regtens ongeldige konsentbrief voor te lê. Die kinders is mislei van owerheidsweë. Op hierdie grond sou hy ontslag van strafvervolging versoek het. En die versoek sou toegestaan geword het.

18 DAMNUM OF INIURIA

Van die kant van die ouers van die meisie is op 'n vraag van die vervolger in die hof getuig dat hulle skade aan hul ouerlike gesag gely het. Die getuienis is aanvaar. Indien 'n regsgeleerde raadsman van die kinders in die hof teenwoordig sou gewees het, sou hy aan die getuie die vraag gestel het hoe die skade aan die gesag toegebring is, waarin die skade bestaan het en wat die geskatte bedrag van die skade by die geleentheid was. Dit het nie geskied nie. Daarmee het die kans verby gegaan om die hof daarop te wys dat die begrip skade (damnum) nie ter sprake is by die aantasting van die ouerlike gesag nie. Ons het nie met 'n op geld waardeerbare vermoënsdeel van die ouers te doen nie, maar wel met 'n begrip wat inherent is in hul persoonlikheid, hul wese as ouers. Daar is teen die ouers 'n iniuria gepleeg toe hul kinders sonder hul toestemming toegelaat is om party te wees by 'n huweliksbevestigingshandeling.

19 OUERLIKE GESAG

Die funksie van die ouerlike gesag is om die gesinslewe te reël en te orden om te voorsien in die gesagsuitoefening waaraan elke mens vanaf sy geboorte behoefte het, met die oog op die vorming van sy karakter en die ontwikkeling van sy verantwoordelikheidsbesef. Uit hoofde van hul ouerlike gesag is ouers belas met die lewenstaak om hul kinders op te voed, te onderrig, tot hul bestemming in die lewe te lei, met name ook tot die huwelik, dus 'n skeppende taak.

Uit hoofde van hul gesagsposisie in die gesin, is die ouers verantwoordelik vir die beskerming van hul kind totdat hy vir homself kan sorg of regtens aan die beskerming van 'n ander toevertrou word.

Die Reformasie van die Christelike kerk in Wes-Europa in die 16de eeu is 'n waterskeiding in die reëling van die huwelikstaat waarvan die ouerlike gesag 'n korrelaat is:

a Die erkenning regtens van die konkubinaat word opgehef en daarmee die erkenning regtens van die bestaan in die destydse samelewing van tallose kinders wat nie aanspraak kan maak op ouerlike gesag om na op te sien as leidende en beskermende invloed tot vorming van hul persoonlikheid nie.

b Die deur die bepalings van die kerk van Rome ingestelde verpligte selibaat word afgeskaf en daarmee verdwyn 'n groot groep van nie in huwelikstaat lewende manne en vroue.

c Die huweliksverhouding van man en vrou word die kern van die gemeenskapslewe in volksverband en as sodanig opnuut deur die reg gereël in direkte samehang met die hervorming van die geloofsleer.

Die nuwe regsreëling van die huwelikstaat sluit in 'n nuwe reëling van die betreding van dié staat en van die ontbinding daarvan. Net soos die regsreëling van die huwelikstaat erken dat dié staat ook 'n godsdienstige aspek het, so erken die regsreëling van die betreding daarvan dat dié handeling ook 'n godsdienstige aspek het. Die doopbelofte van die ouers, die vyfde gebod en die gebod van liefde vir God en vir jou naaste voeg toe aan die inhoud van die gesag van die ouers en die verhouding van ouer

tot kind. Die nuwe regsverhouding van ouer tot kind groei uit tot 'n belangrike onderdeel van die volk se reg en kultuurbesit.

Die wyse van uitoefening van die ouerlike gesag word in regte beoordeel aan die hand van kriteria wat ontleen is aan die grondbeginsels van die bestaande reg. 'n Kind se voorneme om tydens sy minderjarigheid reeds troubeloftes met 'n ander uit te wissel, is uit hoofde van die ouerlike gesag aan die toestemming van sy ouers onderworpe. En in geval die kind die oordeel van sy ouers ten opsigte van die voorneme wil betwis, kan hy dit doen deur die geskil aan die oordeel van die hooggeregshof te onderwerp.

Dié hof is regtens bevoeg om nadat beide partye gehoor is, sy eie oordeel oor die kind se voorneme in die plek van die oordeel van die ouers te stel. Tersydestelling van die ouers se oordeel – of die ignorering daarvan – deur 'n biskop of wie anders ook al, het verval. Niemand is geregtig om die beoordeling van so 'n geskil aan die oordeel van die hooggeregshof te onttrek nie. Geskied dit wel, is dit 'n iniuria teen die gesag van die ouers as orde-skeppende faktor in die samelewing.

Vanuit die oogpunt van die bepalings van ons reformatories gekonsipieerde huweliksreg beskou, het die landdros in die Meyerton-geval teen wil en dank verdwaal geraak in 'n gewetenskonflik. Die vraag waarvoor hy gestel is, was of hy hom deur die ondoeltreffende departementele vorm van sy duidelike koers af moes laat lei. Hy het die verantwoordelikheid vir die illegale karakter van die vorm op die persone wat by die opstel daarvan betrokke was, geplaas. As gevolg daarvan is die oppergesag van die parlement geïgnoreer, die ouers se gesag ter syde gestel, hul doopbelofte gefrustreer, die kinders gehelp om die vyfde gebod te oortree en daarmee die risiko te loop om die vervulling van die belofte wat met nalewing van die gebod gepaard gaan, in te boet.

Onlangs het die onderwysers hulle verenig en openlik verklaar dat hulle by uitvoering van hul taak die ouerlike gesag steeds sal eerbiedig. Daarmee het hulle 'n misstand uit die amptelike reëling van ons onderwys verwyder wat as 'n erfenis oorgebly het uit die koloniale tyd toe die owerhede gemeen het geregtig te wees om sonder inspraak van die verantwoordelike ouers onderwyssake op eie gesag alleen te kan reël.

In die lig hiervan en konsekwentheidshalwe is ouers van minderjariges geregtig om van landdroste en alle ander huweliksbevestigers 'n openbare verklaring te ontvang dat hul ouerlike gesag by die huweliksbevestiging ooreenkomstig die bepalings van ons reformatoriese huweliksreg deur hulle steeds geëerbiedig sal word.

Die bestaande reformatoriese huweliksreg beklee die ouers van minderjarige kinders met ouerlike gesag uit hoofde waarvan die regsplig op hulle rus om te voorsien in die behoefte van hul kind om leiding te ontvang by die ontwikkeling van sy verantwoordelikheidsbesef as gedissiplineerde persoonlikheid.

Ingeval 'n wysiging van die bestaande regsreëling beoog word, moet rekening gehou word met die doel van die reëling wat voortspruit uit die verworwe menslike ervaring dat elke mens – tot en met die hoogste gesags-

draer – behoefte het aan 'n gesagsinstansie waarteenoor hy verantwoordelik gestel word.

Om 'n gesagsvakuum te skep, soos die vorm in die Meyerton-geval gedoen het, is afbraak van gesag en in stryd met die doel van die bestaan van ons reg om orde in die samelewing te skep en te handhaaf. Die alternatief van gesagsverandering is nie gesagsvakuum nie maar ander en beter gesag in die plek van die bestaande gesag.

Ander en beter gesag as die bestaande gesag kan volgens ons bestaande orde-reëling slegs deur die wetgewer gevestig word, nie deur middel van 'n leemte in 'n administratiewe vorm nie. Regtens moet dit geskied ooreenkomstig die bepalings van die bestaande wetgewingsprosesregsreëling.

Omdat die legale prosedure nie gevolg is om die beoogde wysiging te verwesenlik nie, staan die vorm wat ter sprake was buite die grense van die gebied waar ons reg sy heerskappy voer en is dit regtens 'n nul. □

EXCURSUS

Die huwelikstaat is volgens Romeins-Hollandse reg 'n saak van algemene belang. Die opbou en instandhouding van die volksbestaan is daarby betrokke. Verpligtings in regte van diepgaande strekking word aanvaar ten opsigte van eggenoot en nageslag. Die kerklike godsdienstige aspek van die huwelikstaat as 'n genadegawe van God (1 Kor 7: 7) word deur ons reg erken. Dit blyk oa uit die reëling van die prosedure van huweliksluiting deur die wetgewer. Artikels 33 en 34 van wet 25 van 1961 bevat bepalings ten opsigte van kerklike inseëning van die eggenote in die huwelikstaat nadat hulle die staat betree het as gevolg van die bevestiging van hul troubeloftes oor en weer van owerheidsweë.

Op grond van die opvatting van die huwelikstaat as 'n regsverhouding van algemene belang en van publieke aard (*Holland v Holland* 1973 1 SA 897 (T)) verleen ons reg aan 'n persoon wat kennis dra van 'n beletsel in regte teen 'n voorgenome huwelik 'n reg om teen die voltrekking van die huwelik beswaar te maak. Die beswaar moet skriftelik ingedien word by die persoon wat bestem is om die huwelik te bevestig. Indiening moet geskied voor die oomblik waarop die huweliksbevestiging plaasvind. Volgens die huweliksformulier van die Afrikaanse kerke konstateer die huweliksbevestiger ook uitdruklik dat geen wettige beswaar ingebring is nie en konkludeer dan dat tot bevestiging oorgegaan kan word.

Om 'n persoon wat van 'n huweliksbeletsel kennis dra die geleentheid te gee om sy reg uit te oefen om die beletsel ter kennis van die huweliksbevestiger te bring, is dit nodig dat hy weet van die voorneme om die huwelik aan te gaan.

Dit is die rede waarom ons reg aan elke troupaar gebiedend die plig opgelê het om hul voorneme te laat afkondig. Die verpligting is deur wet 51 van 1970 afgeskaf. Die reg om op grond van 'n beletsel beswaar te maak teen die bevestiging van 'n huwelik (a 23 van Wet 25 van 1961) het die wetgewer ongeskonde laat bestaan met die oog op beskerming van die algemene belang. Dit is normale uitoefening van die owerheidstaak soos elkeen dit sal verwag. Maar die reg van elke burger wat kennis dra van 'n beletsel om die algemene belang te help beskerm, word tegelykertyd deur die wetgewer gefrustreer. Uitoefening van die reg word feitlik onmoontlik gemaak. Die verpligting om van die voorneme in die openbaar kennis te gee word deur die wetgewer afgeskaf asof ons slegs met 'n suiwer private saak te doen het, soos by saamwoon of konkubinaat die geval sou wees. En die persoon wat ondanks die versuim van openbare kennisgewing van voorneme nogtans van die voorneme mog verneem en besluit om sy reg van belet te gebruik, word deur die wetgewer in die duister gelaat omtrent die identiteit van die bevestiger van die voorgenome huwelik. Gemeenregtelik is dit die persoon wat die gebooie afgekondig het, of iemand namens hom. Maar sinds 1970 word uit hoofde van die wet geen gebooie afgekondig nie.

Blykbaar het die wetgewer die besluit om die gebiedend verpligte openbare kennisgewing van voorneme om in die huwelik bevestig te word – die gebooie – nie in die korrekte lig oorweeg nie, maar hom deur invloede wat vreemd is aan ons reg en aan ons sedes laat lei tot ernstige nadeel van die openbare belang en die huweliksedes hier by ons. Dit is duidelik dat in die Meyerton-geval die minderjarige kinders en hul ouers die slagoffers geword het van die verkeerde oriëntering en daarna ander mense ook soos ons koerante ontstellend duidelik gemaak het. Dit is blykbaar die aanvaarding van die leer dat die huwelikstaat 'n kontrak sou wees en die verwerping van die reformatoriese leer dat dit 'n staat is wat onlangs gelei het tot afskaffing van die gebooie.

In geval daar in die Meyerton-geval afkondiging sou plaasgevind het, soos ons gemenereg dit sinds die Reformasie bepaal, en, soos ons gesien het, om goeie redes bepaal, sou die ouers daarvan gehoor het en opgetree het, soos die vader opgetree het onmiddellik nadat hy verneem het van die onaangekondigde handeling van die landdros waarby sy minderjarige dogter sonder die toestemming van haar ouers en moontlik selfs teen haar eie wil betrokke geraak het.

The more subtle element in the task of maintaining congruence between law and official action lies, of course, in the problem of interpretation. Legality requires that judges and other officials apply statutory law, not according to their fancy or with crabbed literalness, but in accordance with principles of interpretation that are appropriate to their position in the whole legal order . . . Keeping before us the central truth of the Resolution in Heydon's Case [1584], namely, that to understand a law you must understand "the disease of the commonwealth" it was appointed to cure, will enable us to clear the problem of interpretation of the confusions that have typically beclouded it.

Lon L Fuller The Morality of Law *(1969) 82 83.*

The interpretation of statutes and the concept of "the intention of the legislature"

DV Cowen
BA LLD
Chief Law Adviser to the Johannesburg City Council, formerly Professor of Law in the Universities of Cape Town and Chicago

OPSOMMING

Hoewel letterlike uitleg, onder die invloed van Engelse reg, eers 'n oorheersende rol gespeel het, het die gety gedraai. Daar is 'n aansienlike terugkeer na die beginsel van die Romeins-Hollandse reg te bespeur, naamlik dat indien die klaarblyklike doel van die wetgewing eenmaal vasgestel is (in teenstelling met blote gissing daaroor), dit die proses van betekenisgewing aan die wetgewing behoort te beheer. Ex ratione legis colligitur mens legis.

Ongelukkig word hierdie belangrike nuwe tendens in die Suid-Afrikaanse gewysdes in hedendaagse regsliteratuur misken. Hierdie artikel poog om die balans te herstel deur aan te dui in hoeverre die howe onlangs van letterknegtery wegbeweeg het.

Na 'n uiteensetting van die reëls van letterlike uitleg, en nadat die tekortkominge daarvan aangedui is, word 'n duidelike alternatief – gestaaf deur gesag – aangebied. Hierdie alternatief sistematiseer wat, so word aan die hand gedoen, die prinsipiële Suid-Afrikaanse reëls van wetsuitleg (met inbegrip van die vermoedens) is.

1 AN ALMOST AUTOBIOGRAPHICAL INTRODUCTION

The aims of this essay are:

1 To show how far the South African courts have, in recent years, moved away from literalism in the interpretation of statutes. To this end, I shall cite several propositions – once thought to be incontrovertible rules of literal interpretation – all of which have been refuted by decisions of the appellate division. These relate to such fundamental matters as (a) whether it is still correct to speak of the words used by the legislature as being the "primary index," or "chief source," of legislative intention or meaning; (b) the scope of the interpreter's duty (as distinct from right) to have resort to indications of intention or meaning other than the words used; (c) the nature and rôle of "context" in determining legislative meaning; (d) whether the interpreter should (as distinct from may) have regard to the manifest purpose of the legislation in all cases, and not only where the language used appears to be "ambiguous" or of doubtful meaning; (e) the extent to which it is legitimate to rectify or modify the legislative text in the name of interpretation (for example by the addition of words); (f) the legal status and primary rôle of certain presumptions of legislative intent.

Stemming from the historic decision of De Villiers CJ in *De Villiers v Cape Divisional Council*,[1] and fed by English case law, the tide of literalism flowed strongly in South Africa. It reached its peak in the 1930's and the 1940's. But, though eddies of literalism are still encountered in the courts, the tide has turned. One discerns a steady return to the dominant principle of Roman-Dutch law expressed by Everhardus in the maxim "ex ratione legis colligitur mens legis;" more specifically, that when once the manifest purpose of legislation has been ascertained, it should guide and control the process of giving meaning to that legislation.

The determination of the "manifest purpose" of legislation is a vastly different matter from mere speculation or guesswork. Attention will therefore be given to the question how the court is to discover manifest purpose.

Unfortunately, despite the importance of key developments in the areas specified, they have been underplayed in the current South African legal literature. This essay seeks to redress the balance.

2 To restate – this time in their stark nakedness – the rules or, as some say, the dogmas of literalism. It is possible to give literalism a superficial glitter of persuasiveness by clothing it in the words of lord Wensleydale's "golden rule;" but when one begins to probe beneath the surface, one finds that the golden rule is of very low carat.

3 To spell out in detail, more fully than has yet been done in South Africa, the grave inadequacies of literalism;[2] for it has all the tenacity of original sin and should be exposed for what it is.

4 To offer an alternative to literalism which is clear, practical and supportable both in principle and by reference to authority. The alternative will take the form of a systematization of what are submitted to be the main rules in South Africa governing statutory interpretation in general. I advisedly say "in general;" because although particular classes of statutes may in certain respects require special treatment, an attempt will be made to systematize the rules which apply to the interpretation of all statutes.

Early in 1976 I urged that the time had come for the operative rules to be critically re-examined and restated; and I expressed the hope that my article might initiate a thorough ventilation of the basic issues.[3] Since then there has been a ferment of reappraisal.[4] I also tried, on various subsequent

---

[1]1875 Buch 50.

[2]Among the more cogent and balanced American critiques of literalism are those by Curtis "A Better Theory of Legal Interpretation" 1950 *Vanderbilt LR* 407 (in respect primarily of statutes); and by Corbin *On Contracts* vol 3 s 535.

[3]"Prolegomenon to a Restatement of the Principles of Statutory Interpretation" 1976 *TSAR* 131.

[4]See eg Du Toit "Towards a Renewal of the Theory of Interpretation" 1977 *Tydskrif vir Regswetenskap* 11; Labuschagne "Die Uitlegvermoede teen Staatsgebondenheid" 1978 *Tydskrif vir Regswetenskap* 42; Dugard *Human Rights and the South African Legal Order* (1978) 279; Lategan "Die Uitleg van Wetgewing in Hermeneutiese Perspektief" 1980 *TSAR* 107. A contribution by Du Plessis "Die Teoretiese Grondslae van Wetsuitleg" is soon to appear in a "Huldigingsbundel ter ere van LC Steyn." The gist of the present essay was presented at a Symposium on Statutory Interpretation organized

occasions, to refine and develop my thinking on the subject.[5] In this essay those contributions will be brought together in a concise form.

When, some forty-five years ago, I began the study of law at the University of Cape Town, the subject of statutory interpretation was not deemed worthy of more than a few lectures by a part-time member of the staff. It was a sterile experience.

One struggled to extract guiding principles from the South African and English cases, with the doubtful aid of Craies, Maxwell and Odgers, and the stimulation of a few articles in the law reviews, outstanding among these being Willis' seminal, but cynical, article in the *Canadian Bar Review*.[6] The relevant chapter in the then current (second) edition of Allen's delightful book, *Law in the Making*, was helpful on certain aspects; but already Allen was approaching the conclusion, to be confessed in later editions, that "it is certain that this branch of our law exhibits inconsistencies which suggest radical weaknesses somewhere."[7] However, neither Allen nor anyone else whose work was then known to me, explained just what was wrong; and – what was more depressing – no one seemed to offer an acceptable and scientifically satisfactory alternative. We had to make do with over-simplified generalizations.[8]

Dr LC Steyn's magnum opus on *Die Uitleg van Wette* had not yet been published. Ten years had still to pass before the first edition appeared in 1946. I read it with mixed feelings, and will say why presently. More than twenty years were to go by before I studied Emilio Betti's magistral works, *Teoria Generale della Interpretazione*,[9] and *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giurdici*,[10] which opened new vistas of hope.

In 1946 I began to teach statutory interpretation (if that be the right description of what happened) in the law faculty of the University of Cape Town, and the difficulties were quickly brought home to me. I have gone on seeking the basics ever since, both as an academic and, during the past 15 years, in active involvement with the problems which arise in practice when applying statutes to specific facts.

---

by the Law Faculty, University of Zululand, on 1980 08 18.
A recent contribution of outstanding importance is the LC Steyn Memorial Lecture for 1980 by the Hon Mr Justice EL Jansen on "Die Uitleg van Kontrakte en die Bedoeling van die Partye."

[5]In the 1978 WMR Malherbe Memorial Lecture (University of Stellenbosch) on "The Rules of the Language-Game called Legislation;" in a series of six lectures on statutory interpretation at UNISA in 1978; and in a paper on "The Meaning of Legislative Meaning" read in Jerusalem 1978–1979 at a conference on "New Dimensions of Ordre Public."

[6]"Statute Interpretation in a Nutshell" 1938 *Canadian Bar Review* 10. The article was reprinted in 1938 *SALJ* 187 and 322.

[7]See *Law in the Making* 7th ed 518.

[8]Salmond's chapter (*Jurisprudence* 7th ed 181) and Gray's chapter (*The Nature and Sources of the Law* 2nd ed 170) each in their strikingly different ways, gave the misleading impression that the subject is simple! The truth, as Corbin *On Contracts* vol 3 16 puts it, is that "[i]n reading each other's words we see through a glass darkly."

[9]Milan (1955) 2 vols.

[10]2nd ed revised and enlarged by Crifo Milan (1971).

I am, at least, clear that sound foundations exist for the rational development of the subject. Though lord Wilberforce may well be right when he says that statutory interpretation has long been a non-subject,[11] I do not share the view of those who say that it must remain such.[12] In South Africa, and also in England and the USA, it is in fact undergoing a health-giving revolution,[13] though in South Africa it has been a little publicised – regrettably, almost a concealed – revolution.

In view of the formidable overlay of philosophical learning in some recent studies on legal hermeneutics,[14] it is perhaps necessary to add that I write as a professional lawyer, primarily, but not exclusively, with an eye to the needs of professional lawyers engaged in the daily application of the law. This does not imply, nor will it involve, a lack of concern for underlying theory. Far from it.[15] In regard to the theoretical foundations, my indebtedness to the work of Emilio Betti (a scholar who could fairly claim to be both a lawyer and a philosopher) is great; and I have profited, too, from Gadamer's philosophical writing on general hermeneutics.[16] However, those who seek a professionally competent philosophical discourse on general hermeneutics must look elsewhere.

2 SOME PRELIMINARY DEFINITIONS

Many years ago Salmond gave us a definition of legislation which, as a purely formal proposition, is sound as far as it goes. Legislation consists, he says, in "the declaration of legal rules by a competent authority."[17] In mature legal systems such declaration takes place, in a formalized way, in writing – the so-called litera scripta of the enactment.[18]

Two observations may be made on this definition. Firstly, it is preferable to Maxwell's definition of a statute as "the will of the legislature;"[19]

---

[11]Vol 277 *House of Lords Debates* 5th series col 1294 (1966 11 16). Lord Wilberforce's own notable contributions to the subject, as a judge, are however, positive and enlightening.

[12]Kelsen, as Fuller reminds us in *The Law in Quest of Itself* (1940) 89, maintained stoutly that "theories of interpretation belong to politics not law. How the judge arrives at his decisions is a meta-legal question without interest for the jurist."

[13]This is Cross's assessment *Statutory Interpretation* (1976) 48.

[14]Contrary to what is sometimes asserted, the phrase legal hermeneutics is not new. Eckhardus, writing in the mid-eighteenth century, entitled his classic book on the subject *Hermeneutica Juris*, and Francis Lieber's pioneering work in the USA (described by a dean of the Harvard Law School as an "immortal treatise") is called *Legal and Political Hermeneutics*. The 3rd edition of Lieber's book (ed Hammond 1880) is of considerable value.
What is perhaps new (and potentially rewarding) in the recent legal contributions from what has been called the "Bloemfontein-Potchefstroom school," is that they seek to integrate legal hermeneutics with a philosophy of hermeneutics in general.

[15]See 1976 *TSAR* 147.

[16]Gadamer *Truth and Method* (1975) English translation edited by Barden and Cumming.

[17]*Jurisprudence* 7th ed 171.

[18]Gény *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif* 2nd ed s 54. Cf Salmond *Iurisprudence* 7th ed 181; Hahlo and Kahn *The South African Legal System* (1968) 143.

[19]*The Interpretation of Statutes* 12th ed by Langan (1969) 1.

for the will of the legislature is a controversial concept still in much need of analysis and clarification.[20]

Secondly, statutes are not isolated acts passed in a vacuum. Writing in 1915, Harlan Stone (subsequently chief justice of the United States) emphasized that every statute is an integral part of a whole body of law, consisting of common law and other statutes; and that, for this reason, when interpreting a particular statute the interpreter should give it a meaning, so far as possible, which *harmonizes* with the rest of the legal system of which it forms part.[21] Emilio Betti later expressed the same insight by observing that when interpreting a statute we also "interpret the legal system" of which it is a part. The significance of these statements in determining the status and rôle of the presumptions and in giving them their rightful place, will be referred to later.[22]

In regard to the term "interpretation," I accept Cross's definition; namely, "the process by which the courts determine the meaning of a statutory provision for the purpose of applying it to the situation before them;"[23] though I will submit that there are more legal rules determining the meaning of "legislative meaning" than Cross suggests.

Not only does Cross's definition have the advantage of avoiding the use of that ambiguous phrase "the intention of the legislature," but it also has the merit of recognising that interpretation and application are two sides of the same coin. In practice one does not interpret a legislative provision in the abstract; one interprets it with a view to applying it to specific facts.[24] It is precisely the unavoidable necessity of applying legislation to diverse facts in the *on-going time-frame* of the life of a statute, which makes it necessary to qualify the historically-oriented or backward-looking approach implicit in Savigny's definition of interpretation as "the reconstruction of the thought-process of the legislature."[25]

3 THE RULES OF LITERALISM RESTATED

Until quite recently, it was the orthodox view that authoritative judicial decisions compelled the interpreter to accept four propositions which may be described as the pillars of literalism. They were not articulated, in one convenient place, as bluntly and frankly as I consider it necessary to restate them here. But it was not difficult to extract them from the cases.

Each of the four propositions has since been refuted by decisions of the highest authority. It is, therefore, surprising to find that they are some-

---

[20]An analysis is attempted later in this article.

[21]*Law and Its Administration* Columbia 25.

[22]The point will be made that the basic presumption should be taken into account *at the outset* and not only where there is verbal ambiguity or doubtful meaning.

[23]op cit 40.

[24]I find no nourishment in the laborious efforts which have been made to distinguish between interpretation and application. See my remarks in 1976 *TSAR* 130 n 49; and Gadamer *Truth and Method* 276.

[25]*System* (1840) vol 8 s 33 213, quoted by Steyn *Uitleg van Wette* 4th ed 2 n 4. On this, see Gadamer *Truth and Method* 275 291 294.

times still invoked by lawyers who seem to be unaware of – or don't wish to be reminded of – the changes which this essay aims at highlighting.

3 1 How (allegedly) to begin interpretation – the process of excision

The first rule of literalism purports to state the correct method of approach to be adopted in the task of interpretation. The literalist view is that the one and only correct method of approach for the interpreter to adopt, is always to begin the process of interpretation *by taking out of the enactment particular words to be interpreted* and to focus attention on the meaning of those words or phrases. As lord Greene was later to explain and criticise this process of excision, "the interpreter was to take out of the enactment *particular words*, and attribute to them a sort of prima facie meaning which might have to be displaced or modified," but only if there were sufficient reason for doing so.[26] The interpreter was exhorted, in short, to adopt as *the* correct method of approach, precisely what lord Greene was to describe as being the less appropriate of two methods of approach.

This process has been formulated by different judges in various ways, but always to the same effect. For example, in *Union Government v Mack*, Juta JA said: "We should *first of all* consider . . . what it is that the legislature has actually said in words."[27] And, in *Dadoo's* case, Solomon JA spoke (as lord Greene did later) about deducing the intention of the legislature "prima facie" from the words used. Thus: "Prima facie the intention of the legislature is to be deduced from the words which it has used."[28] In short, the point of departure – so it was once thought – should always be to concentrate, in the first place, on particular words and phrases in the enactment.

The true rule is that the interpreter may, optionally, begin by focussing attention on individual words and phrases; but if he does so, it is essential that he should realize that, when so doing (a) the process of interpretation remains *incomplete* (he must *also* have regard to the whole context); and (b) that seizing on particular words may be "an unrewarding and misleading exercise."[29]

3 2 The two parts of lord Wensleydale's golden rule

Unlike the first, the second canon of literalism places the emphasis not so much on an alleged duty to begin the enquiry by excising or taking certain words out of the enactment and focussing attention upon them, but on the importance of adhering to the "ordinary" or "literal" meaning of the words thus isolated, save in exceptional cases. The second canon involves, in fact, the two parts of lord Wensleydale's so-called golden rule.

---

[26] *Re Bidie* 1948 2 All ER 995 998G. My italics.

[27] 1917 AD 731 750. My italics.

[28] *Dadoo Ltd v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 554.

[29] per Diemont JA in *List v Jungers* 1979 3 SA 106 (AD) 118 (with reference to the interpretation of a contract, but the principle applies generally). The duty to *complete* the process of interpretation by having regard to the whole context, is dealt with later in the text.

The first part of the golden rule[30] is that the language to be interpreted should be given its "ordinary" or "literal" meaning; that is to say the meaning which it bears in accepted common usage, having regard also to accepted rules of grammar and syntax;[31] and if the language of the enactment, so read, is "plain and unambiguous," then effect is to be given to that plain meaning "regardless of consequences," "save in an exceptional class of extreme cases" which De Villiers JA said in *Hawabu's* case were, strictly speaking, improperly called cases of interpretation.[32] Indeed, according to De Villiers JA they are cases of judicial surgery – amputation or implanting – rather than true cases of interpretation.

The second part of the golden rule specifies the so-called "exceptional class of extreme cases," in which the interpreter is entitled (so it is said) to depart from the plain unambiguous meaning. These are cases of:

a "glaring absurdity," which the legislature could not possibly have intended;[33]

b "repugnance to the intention of the legislature as gathered from other provisions in the enactment" (this, and not absurdity, being the basis of the decision in *Venter's* case);[34]

c inconsistency between the various provisions of the enactment.[35]

Literalists have, however, always been ambivalent as to how far a court is entitled to go in modifying or varying the language used by the legislature in these "extreme and exceptional cases." One frequently invoked proposition was that the court may go no further than is necessary to remove the absurdity or repugnance or inconsistency.[36] But there were conflicting views in the cases on the legitimacy of what Steyn calls "woordwysigende uitleg,"[37] ie what the 19th century Pandectists called "rectification." It is sometimes said, erroneously, that the courts are free in these exceptional cases to restrict wide and general language, but not to expand the meaning of words, or to add words.[38]

Recent developments have made it plain that the traditional exposition of the "golden rule," summarized above, now needs considerable revision.[39]

3 3 Ambiguity as the "open sesame" to the whole contextual scene

Having regard to the limited nature and doubtful scope of the above-

---

[30]The useful and accurate breakdown of the golden rule into two parts was made by Davis J in *Sigcau v Sigcau* 1941 CPD 334 344.

[31]One of the few examples of a rule of "grammar" discussed in the cases, is to be found in *Sigcau's* case.

[32]*Principal Immigration Officer v Hawabu* 1936 AD 26 31.

[33]*Shenker v The Master* 1936 AD 136 142–143.

[34]*Hatch v Koopoomal* 1936 AD 190 209.

[35]*Principal Immigration Officer v Hawabu* 1936 AD 26 31.

[36]*Hatch v Koopoomal* 1936 AD 190 209. This was lord Wensleydale's own way of stating the principle.

[37]757.

[38]Hosten, Edwards, Nathan and Bosman *Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) 255–256. But see below.

[39]See the rules formulated later in the text.

stated qualifications to the interpreter's duty to give effect to "plain meaning," save "in extreme cases," it is not surprising that practitioners tend to baulk at resorting to this "extremity."

Fortunately or unfortunately – depending, in practice on which interpretation one is arguing for – another and less exacting avenue has always been at hand in the shape of a third basic dogma of literalism, which purports to define:

a when the interpreter may have regard to indicia of legislative intention or meaning other than the language used; and

b the range of such permissible indicia.

The third proposition is that *if, but only if*, (so it was once thought) the language used is "ambiguous" (in the sense that it is capable of bearing more than one ordinary meaning, i e either two equally natural or usual meanings, or a wide as well as a restricted meaning, or a usual and a less usual meaning), then it is legitimate for the interpreter to have regard to a limited number of non-linguistic considerations, or *other indicia* of legislative intention.

One of the most forthright judicial statements to the effect that it is permissible to have regard to indicia of legislative intention other than the language used only if the language is ambiguous, is the following statement by Maasdorp JA in *Union Government v Mack:*

> "But the main consideration pressed upon the Court was that to interpret sec 103 so as to admit into it licences acquired after the commencement of active service would lead to consequences which would be unreasonable, unjust or inconvenient, and that it could not have been the intention of the legislature to bring about such a result. In fact we find Gregorowski J saying in his judgment that such legislation would be a shameful scandal, and would lead to robbery and plunder. It is only necessary to say that these considerations are not allowed to enter into the interpretation of statutes where the language is clear and admits of no doubt. The argument of unreasonableness, injustice or mischief is useful in cases open to doubt, and where the language of the statute admits of two constructions."[40]

Given such ambiguity, a range of non-linguistic considerations could be taken into account. But these considerations were variously formulated by different judges and writers. In *Detody's* case, for example, they were summarized by Kotzé JA restrictively.[41] Elsewhere, I have set forth a fuller, but entirely orthodox, list.[42] My list includes such considerations as (a) the purpose, or "ratio" of the enactment – less happily called the "mischief" aimed at; (b) the practical consequences of one interpretation or another; (c) the subject matter dealt with; and several others.

3 4 The theoretical justification alleged in support of literalism

The three rules, set forth above, are sometimes accompanied by what purports to be a scientific theoretical justification.

---

[40]1917 AD 731 748. To the same effect is the dissenting judgment of Kotzé JA in *Rex v Detody* 1926 AD 198 234.
[41]*Rex v Detody* 1926 AD 198 229.
[42]1976 *TSAR* 159 n 200.

In the first place, literalists have generally been willing to pay lip service to the idea that the overriding consideration – overriding even the so-called "golden rule"[43] – is to endeavour to ascertain and give effect to "the intention of the lawmaker." Thus, the conclusion reached in every case of statutory interpretation is justified "in the name of legislative intention."[44] But such deference to the legislature's intention is more apparent than real; for in the same breath it is said that "the expressed meaning is equivalent to the intention."[45] In short, what is really paramount for the literalist is the literal meaning of the words used by the legislature.[46]

Secondly, this paramountcy of the literal or ordinary meaning of the language is, in turn, justified on several grounds. Thus, allegedly:

a The words used should be regarded as the "primary index," "chief source" or "best guide" to legislative meaning or "intention,"[47] because, as Steyn puts it, the law-giver is addressing subjects, and so "uit die aard van die saak moet die wet die eerste en hoofbron van inligting wees aangaande die inhoud van die wetgewende wil."[48]

b It promotes certainty.[49]

c The legislature is always readily at hand to correct errors in interpretation.[50]

d There exists no alternative which does not involve "speculation" or "drifting into a wilderness of conjectures" about what the legislature intended and, thus, uncertainty.[51]

It will not be difficult to show, presently, that these propositions are unsatisfactory.

4 THE INADEQUACIES OF LITERALISM; AND SOME QUESTIONS THAT LONG CRIED OUT FOR AN ANSWER

Such, then, are the canons of literalism. Analysis reveals that their inadequacies may be summarized under seven different headings. Thus:

a The basic propositions are self-contradictory in important respects.

---

[43]per Stratford J (as he then was) in *Farrar's Estate v Commissioner for Inland Revenue* 1926 TPD 501 508.

[44]See Horack "In the Name of Legislative Intention" 1932 *West Virginia LQ* 119.

[45]This proposition will be dealt with more fully in discussing the inadequacies of literalism.

[46]Cf Steyn 4. The author there makes it plain that he was well aware of this.

[47]The phrase "primary index" was used by De Villiers CJ in *De Villiers v Cape Divisional Council* 1875 Buch 50 64 65. The phrase "chief source" is that used by Steyn 4. The phrase "best guide" was used by Fannin J in *State v Thole* 1962 2 SA 90 (D) 92.

[48]4.

[49]See 1976 *TSAR* 152 where I venture to criticise this contention (which has been advanced, inter alios, by Willis).

[50]Per De Villiers CJ in *De Kock v The Resident Magistrate of Caledon* (1896) 13 SC 386 388.

[51]For examples of this non-sequitur (be it said with respect), see *De Kock's* case, previous note; *Rex v Detody* 1926 AD 198 234–235, per Kotze JA; *State v Thole* 1962 2 SA 90 (D) 92, per Fannin J.

b By virtue of a gloss on *Venter's* case, they purport, without justification, to restrict interpretation, in the proper sense of the term, to the clarification of so-called "ambiguous" language, the idea being that "where the language is plain, and admits of but one meaning, the task of interpretation can hardly be said to arise."[52]

c They are based on a false assumption about the meaning of language.

d They rest on very unsteady theoretical foundations.

e They are directly responsible for the despairing (almost demoralizing) view that statutory interpretation is an "*unprincipled* exercise in choice," in which judges are free to import their own political, social and economic preferences and prejudices.

f Through failure to analyse the concept of "the intention of the legislature" (to which no more than lip-service is paid) a very important factor is overlooked; namely, the on-going time-frame within which statutes operate (what Du Toit calls "the dimension of futurity").

g Through failure to realize that when one interprets a statute one has to "harmonize" it with the legal system of which it forms part, the status and important rôle of the presumptions are misconceived and seriously depreciated.

4 1 Inherent contradictions

The first count of contradiction relates to one only of the many difficulties inherent in the concept of "the intention of the legislature." There is much else to be said about that concept; but one thing that has long stood out like a sore thumb is the contradictory (seemingly hypocritical) way in which lawyers speak about it. In one passage a learned judge (Stratford J, as he then was) said:[53] "The governing rule of interpretation – overriding the so-called 'golden rule' – is to endeavour to ascertain the intention of the lawmaker from a study of the provisions of the enactment in question." Yet, later, the same learned judge, as a member of the appellate division, said in *Bhayat's* case: "the plain meaning of the language must be adopted . . . the words of a statute never should in interpretation be added to or substracted from, without almost a necessity."[54]

However, nobody has so well succeeded as Coleridge J in making the quest for legislative intention seem a hypocrisy. "Nothing," he said in one case, "is founded on what the legislature intended; the *sole* legitimate enquiry is what intention is to be found in the words of the act."[55] And, in another case, he put it even more starkly: "the expressed meaning is *equivalent* to the intention."[56]

---

[52]Per Beadle CJ in *S v Takaendesa* 1972 4 SA 72 (RA) 75 (quoting Maxwell); and see *VaniHeerden v Queen's Hotel (Pty) Ltd* 1973 2 SA 14 (RA) 16.
[53]See n 43 above.
[54]*Bhayat v Commissioner for Immigration* 1932 AD 125 129, quoting lord Bramwell.
[55]*Gwynne v Burnell* 7 Cl & Fin 607.
[56]*Shore v Wilson* 9 Cl & Fin 525.

If the expressed meaning is indeed equivalent to the intention, then why not abandon the pretence about seeking the intention of the legislature, and speak simply of ascertaining the *meaning* of the language used? And this, of course, is what several judges have since said is, indeed, precisely what should be done. Quite recently, for example, lord Reid said in *Black-Clawson International Limited v Papierwerke Waldhorf-Asschaffenburg*: "We often say that we are looking for the intention of parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which parliament used."[57]

There is much to be said for this modern reluctance to speak about "the intention of the legislature," but only up to a point – that point being that a court is not concerned with the subjective reasons which induce individual legislators, or even a majority of them, to vote in favour of a measure,[58] nor, again, is it concerned with "speculation" or "guess work" about legislative intent.

But it would be a mistake not to recognise that, in one of its meanings (namely the manifest purpose of the enactment) the phrase "the intention of the legislature" designates a vital concept. It would, indeed, be fatal for the future of the subject if lawyers lost sight of the fact that legislation is always a purposive activity. As emphasized by Innes CJ in *Dadoo's* case, "every statute embodies some policy or is designed to carry out some object."[59] Furthermore, it cannot be over-stressed that such object is *often* manifest, and not by any means a matter of "speculation" or "conjecture." And when so manifest, it is my submission that it provides *the* decisive key to legislative meaning.[60]

It is necessary, in short, to distinguish between the manifest object of an enactment and the reasons which may have induced individual legislators to vote for the enactment. I shall elaborate on this crucial distinction presently, in the course of illustrating how "manifest" purpose may be ascertained.[61]

A second count of inherent contradiction in the old dogmas of literalism is best illustrated by what was said by De Villiers JA in *Shenker v The Master*[62] and, by the same learned judge, in *Hawabu's* case.[63]

In *Shenker's* case De Villiers JA began a process of reasoning by saying that "the position would then be that if the language were ambiguous and capable of two interpretations, the court could have regard to (*inter alia*) the general policy and scope of the act in order to determine which of the

---

[57]1975 AC 591 613. For a more recent statement in the House of Lords to the same effect see *Stock v Frank Jones (Tipton) Limited* 1978 1 All ER 948 953d, per lord Simon of Glaisdale.

[58]This was emphasized by John Austin as far back as the 1830's. see *Jurisprudence* 5th ed lecture 37 vol 2 629, on the meaning of the phrase "ratio legis."

[59]1920 AD 530 543.

[60]Nicolaus Everhardus *Loci Argumentorum Legales* locus 80 epitomizes the guiding principle in the maxim "ex ratione legis colligitur mens legis."

[61]Four separate sources of manifest purpose will be given.

[62]1936 AD 136.

[63]1936 AD 26.

two interpretations it should adopt."[64] He proceeded, however, to hold that the language was "actually as plain and unambiguous as language can well be." But then went on to say immediately:

> "The meaning being thus plain and clear and unambiguous, it does not suffice for Mr Rosenberg to point to the general policy of the act. He must go further, and show that this is one of those exceptional cases in which a court of law must 'modify' or 'cut down' or 'vary' the actual language of a statute. That is to say, he must show that the case falls within the rule of *Rex v Venter* (1907 TS 915), which has again and again been approved and followed by this court. That rule is that, where the language of a statute is unambiguous, and its meaning is clear, the court may only depart from such meaning 'if it leads to absurdity so glaring that it could never have been contemplated by the legislature, or if it leads to a result *contrary to the intention of parliament as shown by the context or by such other considerations* as the court is justified in taking into account.' (I quote from the judgment of Innes CJ in *Rex v Venter*.) This is not such a case."[65]

The self-contradiction is surely patent. In the earlier passage the learned judge of appeal had expressed the view that one may look at the "policy and scope" of the act *only* where the language is ambiguous. However, in the subsequent passage, the words which I have emphasized state that even where the language is unambiguous the court may depart from such meaning "if it leads to a result *contrary to the intention of parliament as shown by the context or by such other considerations as the court is justified in taking into account.*"

Hawabu's case contains a third, no less striking, self-contradiction. After saying that if the language used is capable of one meaning only it "must be held to bear that meaning, *regardless of consequences.*"[66] De Villiers JA went on to say that "in an exceptional class of extreme cases," the courts *may indeed have regard to the consequences* (e g to absurd consequences) so as to depart from the plain meaning.[67]

4 2 The gloss on Venter's case by De Villiers JA

It is, however, not only the inherently self-contradictory nature of the aforegoing exposition by De Villiers JA which has long bothered many lawyers. What is even more disquieting is the heavy literalist gloss which he placed on *Venter's* case. Nowhere in sir James Rose Innes's (or in sir William Solomon's) careful exposition of the law in *Venter's* case is there so much as a suggestion that if a court is satisfied that the plain meaning of the language used is contrary to the manifest intention of the legislature, as gathered from the whole context, a departure from such meaning should be regarded as an "extreme" exercise, not meriting – as De Villiers JA claimed – the name "interpretation."[68]

On the contrary Solomon JA in *Venter's* case, while referring to the rule that the plain ordinary meaning of the language is to be adhered to as "the primary rule," emphasized that it was a rule subject, simply, to qualification

---

[64] 142.
[65] 142.
[66] 31, middle of page.
[67] 31.
[68] 31.

or exceptions.[69] And Innes CJ made it very clear that these very qualifications or exceptions are not in the least abnormal or extreme. "They arise," as he put it, "from the difficulty – a difficulty inherent in the nature of language – that no matter how carefully words are chosen there is a difficulty in selecting language which, while on the face of it expressing generally the idea of the framer of the measure, will not, when applied under certain circumstances, go beyond it, and when applied under other circumstances, fall short of it."[70] Similarly, in *Dadoo's* case, Solomon JA again emphasized that it is because of "the elasticity which is inherent in language that it is admissible for a court in construing a statute *to have regard not only to the language of the legislature, but also to its object and policy* as gathered from a comparison of its several parts, as well as from the history of the law and from the circumstances applicable to its subject matter.[71]

Nor, with respect, is there any justification for confining the term interpretation to the clarification of ambiguous language, and so to refuse to regard a restriction, extension, or other variation of even clear words as not being "interpretation" in the true sense.[72] De Villiers JA in expressing this very restrictive notion of interpretation was, in fact, repeating an outmoded view held notably by the pandectist, Brinz, in the 19th century.[73] Recently the appellate division has found no difficulty in adding words to a statute by way of interpretation.[74]

4 3 A false assumption concerning the meaning of meaning

The next head of criticism is more fundamental. As early as 1930 professor Allen was emphasizing that "words are meaningless in isolation" and that their whole context must be regarded in order to determine their meaning."[75] In other words, it is unsound (I prefer not to use the extravagance of phrasing – namely a "semantic solecism" – favoured by the Americans, Hart and Sacks) to speak of the language of the enactment as having a plain ordinary meaning, when considered in isolation, or even in their mere verbal context. Words necessarily take their meaning from the *whole* relevant context in which they are used. "Help yourselves," when uttered by a host at a party means one thing. The same words when uttered by a preacher during a sermon on self-help should not be interpreted as an invitation to rifle the offertory plates. All this is nowadays, in the post-*Jaga v Dönges* era, regarded as obvious.[76] It was refreshing in the 1930's for lawyers to speak thus.

---

[69] 1907 TS 910 919.

[70] 1907 TS 910 913.

[71] 1920 AD 530 554.

[72] See per Schreiner JA in *Jaga v Dönges* 1950 4 SA 653 (AD) 663; *Barkett v SA National Trust and Insurance Co Ltd* 1951 2 SA 353 (AD) 365–366.

[73] See 1976 *TSAR* 139.

[74] *Glen Anil Development Corporation Ltd v Secretary for Inland Revenue* 1975 4 SA 715 (AD) 729; *Trivett & Co (Pty) Ltd v Wm Brandt's Sons and Co Ltd* 1975 3 SA 423 (AD) 435–436.

[75] *Law in the Making* 2nd ed 290.

[76] See *List v Jungers* 1979 3 SA 106 (AD) 118; *Swart v Cape Fabrix (Pty) Ltd* 1979 1 SA 195 (AD) 202. It is *self-evident*, said Rumpff CJ in the latter case, that in interpreting

4 4 The lack of a convincing theoretical foundation

Critics have long known that it is impossible to take literalists seriously when they speak about the alleged paramountcy of "the intention of the legislature;" because, not only are literalists more interested in the paramountcy of the ordinary meaning of words, but also because if they were serious about legislative intention, a further crucial question would have to be answered. That question is: did not Kohler, Wach and Binding give the notion of legislative intention its quietus and a decent burial as far back as the last quarter of the 19th century?[77]

In one sense of the phrase "the intention of the legislature," Kohler, Wach and Binding had, indeed, done just that. Superficially, the phrase suggests a concept of individual psychology. And the notion that a legislative body has a real psychological intention in respect of an enactment which a few officials may have drafted, and where those who vote for the measure may do so for a variety of reasons and often with no understanding of its detailed provisions, is plainly absurd.[78]

Recognition of this fact has made it fashionable in comparatively recent times to speak in terms of a search for the *meaning* of the enactment rather than a search for legislative intention.[79] Mr Justice Frankfurter used, in fact, to take pride in the fact that when expounding the subject of statutory interpretation, he always studiously avoided the use of the phrase legislative intention and spoke only of the meaning of the legislation.[80]

However, this switch in nomenclature is no panacea, no magic solvent of difficulties. On the contrary, it immediately raises a fundamental and no less difficult question; namely that of "the meaning of legislative meaning" in this context. Was it not the philosopher, Ludwig Wittgenstein, who confessed at the beginning of the Blue Book that the word "meaning" gave him a mental cramp! The point is that if the task of the interpreter is to ascertain the "meaning" of the enactment, then what precisely are the operative rules determining meaning?

In the "language-game" (to use Wittgenstein's phrase) called legislation, as in any other "language game," meaning is necessarily determined by the operative rules. The key questions, then, become: what is the nature of the governing rules? How are they to be formulated? To what extent are they legal "rules," and to what extent legal "principles" – as Dworkin defines these terms?[81] To what extent are they social or economic "policies" (again as Dworkin has helped to clarify the concept)? To what

---

a contract one cannot cut out particular words, paste them on a clean sheet of paper, and then proceed to give them a meaning. How different this is from the old addiction to taking particular words out of context as a starting point!

[77]See the classic criticism of the "will theory" by Hägerström *Inquiries into the Nature of Law and Morals* ed Olivecrona tr CD Broad (1953) 97.

[78]See 1976 *TSAR* 154.

[79]Cross 34.

[80]"Some Reflections on the Reading of Statutes" (1947), reprinted in vol 3 *Sutherland on Statutory Construction* ed Sands 422.

[81]See Cross 27.

extent are they rules of grammar and syntax?[82] Which of them are rules of logic?[83] And if rules of logic, are they rules of formal logic, or are we speaking about the so-called logic of justification, about rhetoric and topic.[84]

I shall argue that there are many more obligatory *legal rules* determining legislative meaning than is often assumed; and presently I shall formulate a few of the main legal rules, with specific reference to that most important of all considerations; namely, the manifest purpose or object of the enactment.

4 5 Is interpretation an "unprincipled" exercise in choice?

Another criticism of the literalist canons – in some ways the most serious – is summed up in lord Wilberforce's indictment that statutory interpretation is a non-subject. There are two different ways of explaining what is here involved.

Firstly, it is argued that interpretation is an "unprincipled" exercise in choice. This contention may best be appreciated by examining similar statements made by three men whose views on law are otherwise very different – Wolfgang Friedmann, Hans Kelsen and a South African, John Dugard.

Friedmann claims that:

> "The canons of statutory interpretation consist of . . . learned formulas giving a deceptive appearance of logic which only serves to conceal the choice between opposing conclusions of equal logical validity, and of inarticulate ideological premises which depend on personal predelictions and on changing trends of public and social policy."[85]

Hans Kelsen, more suo, said much the same thing but more incisively. In his *Law of the United Nations*, he says:

> "The view that it is the function of interpretation to find the 'true' meaning of the law is based on an erroneous concept of interpretation . . . The decision of a judicial authority renders binding . . . one of several meanings of a legal norm, all equally possible from a logical point of view. *The choice of interpretations as a law-making act is determined by political motives.*"[86]

In an interesting and important book, published in 1978, John Dugard elaborates this point of view. He argues that:

> "(i) statutory interpretation is clearly 'too inexact' to be described as a science;[87] (ii) there are 'no rules that oblige a court to accept one approach in preference to another;'[88] (iii) there is no hierarchy among the presumptions;[89] (iv) the judicial

---

[82]A few are. See n 31. Also the rule embodied in the maxim "reddendo singula singulis." See *Cowen on Negotiable Instruments* 4th ed 463.

[83]A few are. One example is the rule embodied in the maxim "expressio unius est exclusio alterius" – applicable, admittedly, only in rare cases. See *Johannesburg City Council v Crown Mines Ltd* 1971 1 SA 709 (AD) 720H.

[84]A good overview is given by Horovitz *Law and Logic* (1972) passim.

[85]*Law and Social Change in Contemporary Britain* (1951) 243–244.

[86]*Law of the United Nations* preface XV.

[87]*Human Rights and the South African Legal Order* (1978) 370.

[88]370.

[89]370.

function in statutory interpretation is 'an exercise in choice;'[90] (v) where more than one choice is legally *possible* each is, therefore, legally *permissible*;[91] (vi) in the result judges import their own value-judgments and subjective preferences on – for example – such matters as race, liberty and public order, and then invoke the so-called rules to justify a conclusion reached antecedently without the aid of the rules;[92] and (vii) that, broadly speaking, judges are either "pro-individual" or 'pro-Executive.' "[93]

I would respectively suggest that Dugard is perfectly correct when he says that statutory interpretation involves an "exercise in choice," in the sense that no educated lawyer believes any longer in mechanical or "slot-machine" jurisprudence. He is correct, too, in protesting against literalist formulas which give the deceptive appearance of inexorable logic. Equally competent and objective judges trying to reach "the true" interpretation may and often do honestly differ.[94]

But the conclusion to be drawn (and it is here that I part company from Dugard) is not to deny the existence of binding legal rules of statutory interpretation. Judges do not have, nor do they purport to have, unfettered discretion in the interpretation of statutes. Emilio Betti, with better insight, speaks of "rule-bound evaluation" rather than "discretion," because the unqualified terms "discretion" or "choice" suggest a decision depending on extra-legal or meta-legal considerations.[95]

A second, more concrete and direct, way of arguing that statutory interpretation is unprincipled, is to fasten onto the subjective nature of the threshold question "plain meaning or ambiguity" – upon which the old literalist approach ultimately hinges. If it is accepted that the interpreter's duty is – at least initially – to embark upon the delicate quest for meaning by analysing words *excised* from their whole context, it is inevitable that words, when so considered, will strike one interpreter as being "plain" or "clear," another as being "ambiguous."[96] Again, what impresses one man as "absurd" may not appear so to another.[97]

Examples could be multiplied almost ad infinitum. One or two will suffice. In *Venter's* case the words in issue, divorced from their whole

---

[90]303.
[91]303.
[92]370–371.
[93]379–381.
[94]Eminent lawyers are divided on the question whether there is only one "right" or "true" interpretation. "In many cases," said lord Reid, "it cannot be said positively that one construction is right and the other wrong:" *Jones v Secretary of State for Social Services* 1972 AC 944 960. For a different view, see Betti *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici* ch IV; Dworkin "No Right Answer?" in *Essays in Honour of HLA Hart* ed Jacker and Raz (1977) 58. Elsewhere I have elaborated Betti's contention that *what really matters* is to recognise that the judge's exercise of discretion (when balancing or weighing linguistic against non-linguistic factors) is a "rule-bound" exercise of discretion. *Of course* the rules are not self-enforcing. What rules are!
[95]*Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici* 2nd ed 148.
[96]*Savage v The Commissioner for Inland Revenue* 1951 4 SA 400 (A) 410, per Schreiner JA.
[97]*Savage's* case, previous note. Recent powerful statements in the appellate division endorsing the "delicate, unrewarding and misleading" nature of the quest for the meaning of words in isolation are to be found in *List v Jungers* 1979 3 SA 106 (A) 118.

context, were "any person entering . . ." These were described by Innes CJ as being "wide, general words."[98] However, Solomon J who reached the same conclusion as Innes CJ spoke of the language as being "clear."[99] In *Detody's* case the language in issue was, again, "every person." On this occasion, Innes CJ referred to the phrase as being "ambiguous."[100] Solomon JA (departing from his view in *Venter*'s case) also regarded the language as being "equivocal."[101] On the other hand Wessels JA in a dissenting judgment, said: "It seems to me extremely dangerous in a case like this to ignore *the plain meaning* of a law."[102] It is, therefore, hardly surprising that lawyers, especially those with a predilection for the wider social implications of the subject, enquire into the political and social convictions of the judges who are asked to make the initial determination of "plain meaning" or "ambiguity."

Certainly, that threshold determination, so crucial to the literalist (but far less important once the chackles of literalism have been broken) opened many avenues for linguistically dexterous lawyers to indulge in subtilitas disputandi – to use Baldus's 14th century phrase. It might, for example, "suit the interpreter's book" to have regard to non-linguistic considerations, because the interpreter might be able to show that their thrust was more favourable to a desired conclusion than the thrust of the language of the enactment. Accordingly, a familiar pattern of advocacy evolved within the framework of literalism.

Finding an "ambiguity" was often seen to be the "open sesame" to success – the key to the door to let in non-linguistic considerations. One side would then seek to open the door, the other to keep it shut. If I may be allowed one more autobiographical note, it was so in several cases in which I have been professionally concerned. To mention two of some importance: *Harris v Minister of the Interior*[103] and *Consolidated Diamond Mines of South West Africa Ltd v Administrator SWA*.[104]

Because the determination of "plain meaning" or "ambiguity" is a notoriously subjective exercise *when words alone are examined*, it is submitted that one of the beneficial results of a move away from literalism is that the scope for importing subjective preferences into judgments is lessened; and thereby also the scope for *imputations*, by critics and the public of subjective judicial preferences.[105]

---

[98] 1907 TS 915.

[99] 918.

[100] 1926 AD 202.

[101] 212.

[102] 241. On 240 he went so far as to speak of the "very clear and obvious meaning of the words used."

[103] 1952 2 SA 428 (A) 457B 459H 460A. The question "what is parliament?" let in indicia of meaning *de hors* the two enactments involved.

[104] 1958 4 SA 572 (AD). Similarly it was helpful in this case to demonstrate that the phrases "to a wall" or "to the coast" were ambiguous. See at 605 608C E.

[105] Which are very understandably offensive to judges. See the remarks of the hon N Ogilvie Thompson (at the time CJ) in 1972 *SALJ* 30–34.

4 6 "The intention of the legislature" left unanalysed

It is, as we have seen, the way of the literalist to invoke the phrase "the intention of the legislature" merely as a label to justify a decision reached without reference to any identifiable concept which the phrase may designate. An unfortunate consequence of this is that the concept itself remains unanalysed, and is allowed to play an unsuspected and important rôle without adequate consideration. I have in mind the alleged rule that where, in the course of time, words change their ordinary or literal meaning, they are to be given the meaning which they bore at the date of the enactment. Steyn accepts this rule on the authority of Eckhardus.[106] However, the rule presupposes and is based on one particular meaning of the phrase "the intention of the legislature" (popular in Eckhardus's day); namely, a reconstruction of the thought of a *historical* legislature. It is a backward-looking rule which ignores the on-going time-frame within which statutes operate (or the "dimension of futurity"); and is – to say the least – questionable.[107]

4 7 The depreciated rôle of the presumptions

The view has been expressed – and some judicial support may be found for it – that the presumptions are what Hahlo and Kahn (following Celliers) call "tertiary sources of assistance after invocation of the objective primary and secondary rules of construction."[108] The suggestion, apparently, is that the interpreter should behave like a thorough-going literalist; that is, he should first look at the words used by the legislature; then, in the second place, if he finds an "ambiguity," he should try to resolve it in terms of the second part of lord Wensleydale's golden rule;[109] and only in the third place, if there is still doubt, try to resolve that doubt by the invocation of one of the presumptions.

This, with respect, is not so. To begin with, many of the relevant presumptions are *legal principles*, comprising a basic or fundamental part of the legal system. Statutes, in turn, as we have seen, are not isolated phenomena, but should be integrated or harmonized with the whole legal system of which they form part. It follows, therefore, that such presumptions should be taken into account by the interpreter, *right from the outset*, no matter how wide and general, and no matter how seemingly clear, the words of the enactment may seem *when considered in isolation*. Furthermore, when all relevant contextual considerations have been duly weighed, the interpreter should *again* test his conclusions in the light of the presumptions. Here, I agree with Wiechers[110] and with Du Plessis.[111]

---

[106] op cit 7.

[107] See my discussion of this question in 1976 *TSAR* 166.

[108] *The South African Legal System and its Background* (1968) 202, adopting the views of Cilliers in 1962 *SALJ* summarized at 203.

[109] Cilliers does not refer in so many words to the second part of the golden rule, but this is what he has in mind.

[110] *Administratiefreg* (1973) 44. And see the excellent article by Labuschagne "Die Uitlegsvermoede teen Staatsgebondenheid" 1978 *Tydskrif vir Regswetenskap* 42.

[111] At the Zululand Symposium (n 4 above) Du Toit summed up admirably by saying: "The interpreter should *both begin and end* with the basic presumptions."

The view which I am now putting forward is, in fact, strongly supported by judicial authority. In *Dadoo's* case, Innes CJ said:

> "It is a wholesome rule of our law which requires a strict construction to be placed upon statutory provisions which interfere with elementary rights. *And it should be applied not only in interpreting a doubtful phrase, but in ascertaining the intent of the law as a whole.*"[112]

In *Union Government v Fakir*, the same learned judge (dealing with the presumption against ousting the jurisdiction of the courts) said: ". . . *wide though the language may be*, it does not exclude the jurisdiction of the courts under every circumstance."[113] And, again in *Union Government v Tonkin* (dealing with the presumption against the state being bound by its own laws) he said:

> "*However wide the general language*, the *onus* is always upon him who seeks to bind the Crown to show that the Crown was intended to be bound."[114]

In short the basic presumptions – Cross calls them presumptions of general application[115] – should not be regarded as being capable of rebuttal even by wide general language, but only by very specific language,[116] or by necessary implication.[117]

5 THE UNBRIDGED GAP IN STEYN

It is now relevant to say why, in common with many others, I have studied Steyn's *Uitleg van Wette*, with "mixed feelings" of gratitude and admiration – and disappointment. Elsewhere I have said that no fair-minded man could fail to acknowledge the vast debt which we all owe to Steyn's great achievement.[118] Why then the disappointment?

Firstly, because his parallel expositions of the Roman-Dutch law, on the one hand, and of modern South African case law, on the other hand, do not cohere. Steyn gives a wholly admirable account of the views of the Roman-Dutch writers on the subject, from which it clearly emerges that the dominant trend in the Netherlands was in favour of a ratio- or purpose-oriented approach and against literalism. But his exposition of the case-law, and indeed the whole of his basic first chapter, significantly entitled "primary rules," is literalist. Furthermore, the very title of chapter 2, namely "Departure from Literal Interpretation" is revealing.

Secondly, it is disappointing that Steyn did not address himself to some of the more basic problems of underlying theory. One regrets, for

---

[112] 1920 AD 530 552. My italics.
[113] 1923 AD 466 469. My italics.
[114] 1918 AD 533 545. My italics.
[115] 143.
[116] See per Rumpff J (as he then was) in *R v Slabbert* 1956 4 SA 18 (W) 21H. On the insufficiency of even wide general language, see Odgers *Construction of Deeds and Statutes* 5th ed 389 and the cases there cited in n 10.
[117] For a recent crisp statement of the law as submitted in the text, see *S v Leeuw* 1980 3 SA 815 (AD) 823F per Rumpff CJ. A much-discussed and debatable example of necessary implication in this context is afforded by the majority judgment in *Minister of Justice v Alexander* 1975 4 SA 530 (AD) 547G–H.
[118] 1976 *TSAR* 147.

example, that we have not had the benefit of his exceptional gift for analysis in regard to the concept of legislative intention.

And, thirdly, it must be admitted by his staunchest admirers, that Steyn, while often hostile to literalism, did not really come to grips with the difficulties which are inherent in the rules of literalism as a whole.

Fortunately, the climate of informed opinion has changed; and to those changes I now turn.

6 THE TURN OF THE TIDE: JAGA v DÖNGES

In 1950 came the now classic judgment of Schreiner JA in *Jaga v Dönges*,[119] a watershed and seminal contribution. Elaborating a line of thought suggested by lord Greene in *Re Bidie*,[120] Schreiner JA seemed to many of us – who were perhaps at the time over-sanguine – to have demolished much of the fabric of literalism. I say "seemed to have demolished," because what was actually said by Schreiner JA is too often given mere perfunctory recognition as will be illustrated presently.[121] It is, therefore, opportune to repeat what I submit are the essential features of the judgment. Thus:

a In regard to the appropriate method of approach for the interpreter to adopt, Schreiner JA put paid to the notion that *the* correct method is for the interpreter always to begin by attributing to *particular* words or phrases a prima facie meaning which may, in a second stage of the enquiry, have to be displaced or modified in the light of the whole relevant "contextual scene." On the contrary, the interpreter may legitimately, from the very outset, always look at the wider contextual scene, as well as the particular language to be interpreted. And, as part of the wider contextual scene, regard may from the outset be had, inter alia, to "the matter of the statute" and "its apparent scope and purpose."[122]

This part of the judgment – which criticizes "the process of excision" and the attempt to give words in isolation a prima facie ordinary meaning – is the part most frequently quoted. However, it is not the most important part.

b A second more important proposition is that if the interpeter optionally chooses to *begin* by concentrating on the language to be interpreted, he would be failing in his legal duty if he were to *confine* the process of interpretation exclusively to a consideration of such language, while ignoring the whole relevant "contextual scene." No matter how clear the language to be interpreted may appear in isolation, or even in its immediate verbal context, the whole relevant "contextual scene" – including the subject-matter of the enactment, the practical consequences of one interpretation

---

[119] 1950 4 SA 653 (AD).
[120] 1949 Ch 121.
[121] when criticizing the majority judgment in *Ebrahim v Minister of Justice* 1977 1 SA 665 (AD). Furthermore, Schreiner JA's judgment has been given too lowly a place in Steyn's book, despite the fact that excellent examples of decisions genuinely following Schreiner JA are at hand.
[122] 663–664.

rather than another, and, in particular, the manifest purpose or object – *must always be taken into consideration.*

This was stated quite explicitly in two passages of Schreiner's judgment. In one passage he uses the phrase: "[w]hen interpretation is *complete*;"[123] and it would be incomplete if account were not *always* taken of the relevant contextual scene.

In another passage, immediately thereafter, he said:

> "the legitimate field of interpretation *should not be restricted* as a result of excessive peering at the language to be interpreted without sufficient attention to the contextual scene."[124]

This line of thinking is, of course, diametrically opposed to the old dogma of literalism that the interpreter may only have regard to the wider contextual scene where the language used is "ambiguous." On the contrary, the courts are entitled to, and nowadays do, have regard to the manifest purpose of the enactment, not only where there is an "ambiguity," but also where the language to be interpreted, when read in isolation, seems to be clear and unambiguous; though, plainly, where the language as such appears to be ambiguous it is *especially* helpful to have regard to the manifest purpose.[125] What is more, in the light of their examination of the whole contextual scene, including the manifest object of the enactment, the courts have often restricted, extended or otherwise modified the scope of the litera scripta.[126]

I have placed such heavy emphasis on the proposition that the whole contextual scene *should, in all cases*, be considered by the interpreter, because erroneous statements to the contrary are still occasionally to be found in the reported cases. One such erroneous statement is, to my mind, that by Fannin J in *The State v Thole*.[127] Thus:

> "*Where there is an ambiguity* the apparent purpose of the enactment *may* properly be looked at in order to ascertain which of the alternative meanings of the words should be held to convey the 'intention' of the legislature." (My italics.)

c A third proposition, of quite cardinal significance, is the observation by Schreiner JA that "*often of more importance* (than the language of the statute) is the matter of the statute, its apparent scope and purpose, and, within limits, its background."[128] In other words, the language used is not always – indeed it *often* is not – "the primary index" or "chief source" of

---

[123]664G.

[124]664H. This passage was emphasized by Ogilvie Thompson JA in *Secretary for Inland Revenue v Sturrock Sugar Farm* 1965 1 SA 897 (AD) 930H.

[125]A very clear judicial statement indicating that the object, and other wider contextual considerations, may be invoked even where the language as such is unambiguous is that by Ogilvie Thompson JA in *Secretary for Inland Revenue v Sturrock Sugar Farm* 1965 1 SA 897 (AD) 903H.
A more ambivalent statement to the effect that "in cases of doubt it is always *safe*" (*especially* safe?) to have regard to the object is that by Steyn, quoted in *S v Conifer (Pty) Ltd* 1974 1 SA 651 655D–E.

[126]See the cases illustrating the rules formulated below.

[127]1962 2 SA 90 (D) 92.

[128]662H.

meaning, or legislative intention. A far cry, this, from conventional literalism!

d The fourth proposition to be noted is the observation by Schreiner JA that the term interpretation should not be confined to the clarification of ambiguous language. Corrective or drastic interpretation is, he said, none the less interpretation because it is drastic.[129]

7 LOGICAL DEVELOPMENTS BEYOND JAGA v DÖNGES

Mr Justice Schreiner's judgment in *Jaga v Dönges* occupies in South African law the same central place as do the judgments given in the House of Lords in the case of *AG v Prince Ernest Augustus of Hanover*.[130] Cross, enthusiastically welcoming the judgments in the *Prince of Hanover's* case, described them as "revolutionary,"[131] I prefer to describe the comparable developments in South Africa as a return to the Roman-Dutch well-springs of our law. *Jaga v Dönges* has made it possible to reinstate the Roman-Dutch principle that when once the ratio or purpose of legislation is manifest, interpretation should be guided and controlled by it. However, the opportunity to reinstate that principle may easily be lost by making mere perfunctory references to *Jaga v Dönges*.

It does not speak lack of appreciation for Schreiner's masterly contribution to say that we cannot, consistently with loyalty to the Roman-Dutch legal tradition, leave the matter with the learned judge's observation that "the clearer the language the more it prevails over context, and vice versa, the less clear it is the greater the part that is likely to be played by the context."[132] We are inevitably faced with the task of "weighing" or "balancing" the impression made by the text against the impression made by "the wider contextual scene." But how, and by reference to what criteria, is this to be done? That, it is submitted, is the heart of the matter. And it is in this respect that we must try to move forward again beyond *Jaga v Dönges*.

It is submitted that if we are to move forward, indeed, if statutory interpretation in South Africa is to be developed on sound foundations, then:

i It should be recognised that there exist a substantial number of *legal rules* which quite clearly determine how a court should "strike the proper balance between grammatical meanings and the contextual scene" – as Wessels JA put it in the *Stellenbosch Farmers' Winery* case.[133]
ii The remarks of Schreiner JA should be given full, and not mere perfunctory, recognition.

A start will be made by formulating four legal rules featuring the importance of the purpose, object, or ratio of the legislation. Thus:

---

[129] 663F-G.
[130] 1957 AC 436.
[131] 48.
[132] 664E–F.
[133] 1962 1 SA 458 (AD) 476E–F. I cannot agree with Wiechers *Administratiefreg* 40 that the "overwhelming majority" of the rules of interpretation are not legal rules.

a If the interpreter chooses to begin the process of interpretation with the provision to be interpreted, read in the verbal context of the enacting clauses, the ordinary or, where appropriate, the technical meaning of the words may appear to be "ambiguous," in the sense of being capable of more than one ordinary meaning, or capable of both a usual or a less usual (or secondary) meaning, or capable of an ordinary and a technical meaning. In that event the interpreter *must*, in the light of the whole relevant context of the act, *complete* the process of interpretation and clarify the provision (resolve the ambiguity) by choosing the meaning which best gives effect to the manifest purpose of the provision.[134]

b The provision to be interpreted, read in the light of the verbal context of the enacting clauses, may be "wide and general" in its scope. In that event the interpreter *must complete* the process of interpretation and restrict the scope of the words in the light of the whole relevant context of the act, if necessary – but only to the extent necessary – to give effect to the manifest purpose of the provision.[135]

c The provision to be interpreted, read in the light of the enacting clauses, may be "vague," having a hard core of clear meaning and an extended penumbra of meanings. In that event the interpreter *must complete* the process of interpretation and extend the meaning beyond the core meaning in the light of the whole relevant context of the act, if necessary but only to the extent necessary – to give effect to the manifest purpose of the provision.[136]

d The provision to be interpreted, read in the light of the enacting clauses, may appear to have "*one* clear, unambiguous meaning." Nevertheless, the interpreter *must complete* the process of interpretation and vary that meaning (by extension, restriction or other modification) if necessary – but only to the extent necessary – to give effect to the manifest purpose of the provision.[137]

These rules are by no means "revolutionary;" they do, however, (perhaps more insistently than in the past) emphasize the interpreter's *legal*

---

[134]The most thorough-going literalist would surely agree with this rule. It was, in fact, the basis of the decision in *Hawabu's* case 1936 AD 26 30 32. Cf *Schenker's* case 1936 AD 136 142.

[135]This rule, too, is well-established. It was the basis of the majority decision in *Rex v Detody* 1926 AD 198. As Innes CJ held (202), the term "persons" should not be construed in their widest sense but should, in the context of that case, be restricted to male persons. Similarly, in *Venter's* case the "undoubtedly wide" meaning of words was restricted, inter alia, by reference to "the clear mischief aimed at by the Ordinance;" see 1907 TS 910 915.

[136]An important decision giving effect to this rule is the majority judgment in *Administrateur, Transvaal v Carletonville Estates* 1959 3 SA 150 (AD) – the word "beampte" (having a core meaning of an employee who is a "white collar" official), being held to be wide enough to include an employee employed to drive bulldozers and lorries. See 1976 *TSAR* 163–164.

[137]The leading modern case giving effect to this rule is *Trivett & Co (Pty) Ltd v Wm Brandt's Sons & Co Ltd* 1975 3 SA 423 (AD) 426. In the light of this judgment, the concluding words of the passage in Botha JA's earlier judgment (in *Du Plessis v Joubert*) quoted by Joubert AJA in *Ebrahim's* case at 678G may well require reconsideration.

duty not to confine attention to the grammatical meaning of words, but to *complete* the process of interpretation *in all cases*, by reference to contextual considerations.

The four rules stated above should not be regarded as taking the place of other legal rules. Indeed another four legal rules may be framed along similar lines, but emphasizing the interpreter's duty to avoid an inherent inconsistency or an unworkable or absurd result. In this regard, an important decision of the appellate division was given in the case of *Peter Gordon Afslaers v Munisipaliteit van Kroonstad.* In that case Wessels JA referred, inter alia, to the consequences of giving the words "'n kontrak aangaan vir die uitvoering van 'n werk" their literal meaning, and concluded that "'n letter-like uitleg . . . is nie geoorloof nie."[138]

I have, however, given prominence to the rules featuring the ratio or manifest purpose of legislation because that is a concept which is so often misunderstood. It remains for me to try to clarify what is meant by the manifest purpose or object of legislation and to show how it may be ascertained. But before doing so, it is relevant to voice a respectful word of criticism of the majority decision of the appellate division in *Ebrahim v Minister of the Interior*[139] which affords a notable example of what I have called perfunctory references to *Jaga v Dönges.*

In *Ebrahim's* case, despite seemingly approving references by Joubert AJA (as he then was) to what he described as "the context rule" in *Jaga v Dönges*, the appellant lost his appeal on what was essentially a *purely literal* (or as Rumpff CJ put it, "simplistic") interpretation of the words "outside the Union" in section 15 of the South African Citizenship Act. The essence of the majority decision is expressed in the following passage of the judgment of Joubert AJA: "I am satisfied from the context and the language of section 15 that the aforementioned construction, which I have placed on section 15, does not lead to an absurdity, or to a result contrary to the intention of the legislature *as expressed in the wording of the said section.*"[140] The words which I have emphasized disclose the exact opposite of the contextual approach! The more persuasive minority judgment (by Rumpff CJ and Jansen JA) was based on the ratio or purpose of the legislation as gathered not by looking only at the wording of the section to be interpreted (namely section 15), but from section 19 bis (1) and from the act as a whole.[141]

8 THE INTENTION OF THE LEGISLATURE AND THE PURPOSE OR OBJECT OF THE LEGISLATION

"The intention of the legislature" has been called a slippery phrase;[142] it certainly is an ambiguous one. Several vital distinctions must be made.[143]

---

[138]1974 1 SA 499 (AD) 507–508.
[139]1977 1 SA 665 (AD).
[140]680D.
[141]See 672F and especially 668G–669D.
[142]per lord Watson in *Saloman v Saloman and Co Ltd* 1897 AC 38.
[143]For several other distinctions, additional to those in the text, but of lesser importance, see 1976 *TSAR* 159–162.

Firstly, one must distinguish, as Austin insisted, between the purpose of the enactment and the reasons which induced particular legislators, or even a majority of them, to vote for the measure.[144]

Secondly, one must distinguish between the purpose or object of the legislation and the intention of the law-giver (ie of a historical legislature) in any real psychological sense. The former is either an expressly stated or a logically inferred or presumed goal or objective; the latter a figment of the imagination. Justifiable exasperation with the notion of a psychologically real intention on the part of a historical legislature, has unfortunately spilled over to the detriment of the other idea, namely "the manifest purpose or object of the legislation itself," which Radin and many others in their attacks on the intention of a historical legislature have always been careful to leave unchallenged.[145] With all due respect to a contention advanced by Cross and by MacCallum that those who feel uncomfortable about the use of the expression "the intention of the legislature" ought not to feel any more at ease if they abandon the phrase for "legislative purpose" or "the object of the statute,"[146] I cannot agree. As long as men keep their sanity, legislation is and will be a purposive activity; and, as will be shown forthwith, the object or the purpose of the statute, or of the statutory provision (the ratio legis), is frequently (by no means always, but frequently) *manifest*.[147]

Thirdly, it is of course wrong – as Fanin J observed in *The State v Thole*[148] – to "*try to guess*" what the purpose of those responsible for it (an enactment) may have been, and then, finding that the literal or ordinary meaning of the words used do not achieve that apparent purpose, to read into the enactment something which would achieve it.[149] This is not only obvious, but, with respect, to equate "guess work" with an objective determination of manifest purpose is to caricature what we are after.

Fourthly, the manifest object of a statute or of a statutory provision may often be objectively determined (as distinct from guessed at) from inter alia:

i a preamble or other express declarations of purpose;[150]
ii other sections;[151]

---

[144]above n 58.

[145]Radin's early article in 1930 *Harv LR* 876–881 should be read together with his later article "A Short Way with Statutes" in 1942 *Harv LR* 399–400. At 400 n 20 of the latter article Radin says: "What I should like to insist upon is not that it is legitimate to inquire into the purpose of the statute, but that it is *imperative to do so first and principally*." My italics. And see to the same effect Frankfurter supra n 80 422–423. Thus: "Legislation has an aim; it seeks to obviate some mischief, to supply an inadequacy, to effect a change of policy, to formulate a plan of government. That aim, that policy, is not drawn like nitrogen out of the air; it is evinced in the language of the statute, as read in the light of other external manifestations of purpose."

[146]Cross 36.

[147]*Report of the English and Scottish Law Commission on Statutory Interpretation* (1969) par 55.

[148]supra 92E.

[149]*S v Thole* 1962 2 SA 90 (D) 92. My italics.

[150]These are less frequent than in the 19th century, but by no means infrequent.

[151]See eg the judgment of Rumpff CJ in *Ebrahim's* case

iii from the matter of the enactment as a logical inference;[152]

iv from the surrounding circumstances including the history of litigation on the subject.[153]

9 CONCLUSION

A towering figure in our legal history, sir James Rose-Innes, having formulated what is probably the most oft-quoted rule on statutory interpretation, said:

> "I do not for a moment pretend to say that rule covers the field of inquiry. He would indeed be a bold man who attempted to exhaust a subject *so difficult*, and on which so many conflicting opinions have been held. But it covers sufficient ground to enable one to deal with the case before the court, and that is enough for present purposes."[154]

If sir James Rose-Innes could say that, it behoves lesser mortals to tread warily. I have tried to keep within the framework of our case law, following, and to some slight extent, extrapolating what are respectfully submitted to be the better trends,[155] but avoiding abstract generalizations for which no judicial authority can be found.

I suggest that problems in the field of statutory interpretation (though not necessarily always the same problems) are unending, immanent in the very nature of law as a constantly evolving enterprise. In his little classic *Einführung in das juristische Denken*, Karl Engisch puts it this way: "There is no final solution of any truly basic problem . . . Our task is not to propound dogmas but to put the spot-light on *real issues* which constantly renew themselves, *and to suggest solutions which meet the needs of our time.*[156]

Having identified problems we learn to abandon inadequate or partial solutions for others which seem, at any rate for a time and on the surface, to be more promising. But our success, if we may call it such, often does little more than uncover other problems of a more fundamental nature. This is the price to be paid for progress in any field central to a great human enterprise; and who can doubt that statutory interpretation occupies a central and sensitive position in the legal order. □

---

[152]One well-known example – and many could be given – is the determination of object or purpose by the majority of the court in *Aetna Insurance Co v Minister of Justice* 1960 3 SA 273 (AD) 283E–F. See also *Webster v Santam Insurance Co Ltd* 1977 2 SA 874 (AD) 881–882.
The object of the compulsory tender provisions in the local government ordinances is to give the local authority the benefit of competitive tendering in situations where more than one offer is possible; if, therefore, a particular work of a particular artist is wanted, then cessante ratione legis cessat ipsa lex. Cf the successful argument of counsel in the *Peter Gordon* case 1974 1 SA 499 (AD) 503B.

[153]In South African law (differing from the law in the USA) "surrounding circumstances" are admissible not as direct external evidence of *the meaning* of a statutory provision, but to show, for example, a particular mischief which the legislation was designed to remove.

[154]1907 TS 915.

[155]If more were known about the differences between the Proculians and the Sabinians, one might be tempted to follow Vaughan Hawkins "On the Principles of Legal Interpretation" (Thayer *Evidence* app C 579) in describing the opposing trends in terms of such differences. But too little is known about that old Roman conflict. See Schwarz *History of Roman Legal Science* 122.

[156]3rd ed (1964) 64. My free translation and italics.

Fideicommissum or trust ad pias causas

Leo van den Heever
MA LLB
Judge of the Supreme Court of South Africa

OPSOMMING

Regter FP (Toon) van den Heever lewer in 1935 in Windhoek 'n ongerapporteerde uitspraak wat deur die appèlhof in *In re Estate Grayson* 1937 AD 96 verwerp word. Regter Van den Heever se uiteensetting van ons reg met betrekking tot die trust, stigting en verwante aangeleenthede word egter glad nie deur die appèlhof oorweeg nie. Aangesien regter Van den Heever se uiteensetting vandag nog van waarde kan wees, word dit in hierdie artikel weergegee.

Volgens die feite van die saak bemaak 'n testateur al sy besittings aan "eksekuteurs" wat dit in trust moet hou, op 'n voorgeskrewe wyse onder sy vrou en dogters moet verdeel en 'n trustfonds moet opbou wat in diens van die gemeenskap aangewend moet word. Die eksekuteurs se name word nie in die testament genoem nie, maar drie instansies wat elkeen een eksekuteur moet aanstel, word wel aangewys. Daar word nie aan die testateur se beskikkings gevolg gegee nie. Volgens die weduwee se regsadviseurs is 'n trust soos dié deur die testateur beoog 'n fideicommissum maar roep die testament nie 'n geldige fideicommissum in die lewe nie. Die meester wys daarop die weduwee en haar prokureur as eksekuteurs datief aan. Die weduwee en haar twee dogters gaan 'n ooreenkoms vir die voorlopige verdeling van die erflating aan op die veronderstelling dat die testateur deels intestaat gesterf het en doen by die hof aansoek om bekragtiging van die ooreenkoms.

Die applikante beweer voor regter Van den Heever dat die testamentêre bepalings waarvolgens 'n trust geskep dien te word, ongeldig is onder andere omrede die bevoordeeldes nie uitdruklik in die testament aangedui word nie.

Regter Van den Heever bevraagteken die applikante se benadering waarvolgens die testament se bepalings ingevolge sekere regsinstellings beoordeel word en dan nietig bevind word omdat die instellings gebrekkig is. Volgens hom is die korrekte benadering eerder: Hier is die uitdruklike bedoeling van die testateur. Is daar enigiets in ons reg wat ons verhoed om daaraan gevolg te gee?

Hierna volg 'n diepsinnige bespreking van die relevante gedeeltes van die Romeinse, Hollandse, Romeins-Hollandse en Duitse reg. Regter Van den Heever kom onder meer tot die gevolgtrekking dat:

1 waar 'n erfgenaam nie bepaal kan word nie, 'n beskikking slegs kragteloos is in die sin dat daar geen eiser is om dit af te dwing nie en nie in die sin dat intestate erfgename op grond daarvan kan eis nie;

2 die testateur 'n pia causa geskep het waarvoor 'n aangewese en bestaande fiduciarius onnodig is omrede die pia causa self die draer van die betrokke regte is;

3 wat die identiteit van uiteindelike bevoordeeldes betref, sekerheid in die geval van beskikkings ten opsigte van liefdadigheidsorganisasies (soos in casu) onnodig is.

The judgment of the appeal court in *In re Estate Grayson* 1937 AD 96 is curt. The judgment of the court a quo (Van den Heever J, later JA) are nowhere reported and lie buried in the vault of the appellate division. De Villiers JA in overruling Van den Heever J dealt not at all with the latter's exposition of our law relating to trusts and foundations, but decided that as a fideicommissum Grayson's will was a failure.

The judgments of the court a quo merited more than being ignored. For this reason I have disinterred them, in the hope that they may be of interest to the architects as opposed to mere bricklayers among our lawyers (Toon's turn of phrase, not mine) even though they failed as attempts to give effect to Grayson's last wishes.

The history which led to this litigation, is as follows:

1 Grayson died on 3 April 1934 at Grootfontein in South West Africa, leaving a widow, two daughters and the will set out on pages 96–98 of the 1937 AD reports.

2 The widow interviewed the master who said he was of opinion that there had been no nomination by the testator of executors. There is no record of the bodies nominated in clause 10 of the will ever having been given the opportunity of acting in terms of that clause, or testing the legal effect of their rights.

3 The master advertised a meeting for the purpose of electing an executor dative.

4 The widow in the meanwhile obtained legal opinion which advised that "it is now well established that a trust of this nature is in the phraseology of Roman-Dutch law, a fideicommissum, the executors being 'fiduciary heirs' vested with the ownership but without beneficial enjoyment," and that Grayson's will had not instituted a valid fideicommissum.

5 The advertised meeting was held before the magistrate at Grootfontein on 18 May 1934, there being present the two daughters and mr Rathbone on behalf of the widow. She and mr Rathbone were elected as executors and letters of administration as executors dative issued to them on 23 May 1934.

6 In March of 1935 the widow and daughters entered an agreement on the assumption that Grayson had died partly intestate. This provided that –

6 1 The executors pay £1 000 forthwith to the widow and thereafter a similar amount annually in advance.

6 2 The executors pay £3 000 immediately to the two daughters in equal shares, which would leave a residue "creating sufficient revenue to defray the widow's said annuity."

6 3 Application would be made at the expense of the estate to have the agreement sanctioned by the court.

Van den Heever J heard the application on 22 July 1935 and delivered the following judgment a week later:

"This is an application made by the widow and the two daughters of the late Ernest Nowell Grayson who describe themselves as his heirs, for an order sanctioning certain agreement entered into by the applicants in regard to the initial distribution of assets in the estate of the deceased.

The application is based on the assumption that the deceased has sought to establish a fideicommissum, that he has failed to effect this purpose and

that the share of his estate to which the caducous disposition relates devolves on the two daughters as heirs ab intestato.

The testator's will is a peculiar and ambitious document and it appears now that the assets – after deduction of liabilities – amount to about £30 000.

All his property the testator left to his 'executors' to be held in trust by them. The executors are not named in the will which provides however that one such executor shall be appointed by the Standard Bank of South Africa Ltd, one by the Law Society of South West Africa and one by the Salvation Army of South Africa, the appointing body in each case having the right to limit the term of appointment or to make it subject to certain qualifications; to cancel an appointment; to make temporary or alternate appointments and to suspend an executor.

The executors are directed to pay the wife an allowance of £1 000 per annum during her lifetime, this annuity to be reduced to £500 should she remarry. The testator leaves it to the discretion of the executors whether any allowance should be made to the daughters in case their mother dies before the 1st July 1950, adding however, that in ordinary circumstances he would prefer his daughters to get nothing before that date. On the 1st July 1955, or on the wife's death, whichever be the later event, the executors are to transfer to each of the two daughters, if then living, approximately one fourth of the estate as at that date. Should they die before that event without leaving issue their estate shall not benefit in any way. Should they die before that event, leaving issue, the question of transferring property to such issue

> 'shall rest with my executors who should remember that I believe in the thorough education and training of my descendants but that, on the completion of that training, they should make their own way in the world for the next twenty five years.'

The objects of the trust are expressed in these terms:

> 'My executors should conserve my estate, especially during the first thirty or forty years with the idea of building up a trust fund which may be of some small service to the community – more especially of South West Africa.
> And even in later years they should make a practice of investing part of each year's income as the demands of the trust will grow year by year.
> As it is impossible to foresee the needs of future generations, it would be unwise to fetter my executors as to the ways in which they may use the funds at their disposal. At present there is need of a fund which will help the young in getting a proper start in life and those who are suffering from some mischance in getting a start again. The things which appear important to me are:
> Character and principle
> Education and training of both sexes
> Frugality and simplicity of life
> Temperance and sobriety of all kinds
> Thoughtful and unostentatious work
> Generosity and service
> Refinement
> If my executors will bear these points in mind and that I favour the granting of loans to those whose only security is their character, they will be carrying out my wishes.'

Since the will was proved, there has been a change of incumbents in the office of the master and there is nothing on record to show why the direc-

tions of the testator in regard to executors were totally disregarded. Apparently the master who then held office considered those provisions void for uncertainty; in any event he convened an edictal meeting for the election of executors dative in consequence of which the widow and mr Rathbone, an attorney, were appointed. Apparently the bank, the law society and the Salvation Army had no knowledge of the provisions of the will and were given no opportunity to defend any rights they may have under the testament.

I do not know what the constitution of the Salvation Army may be, but it is common knowledge that the bank and the law society are corporative institutions. It seems clear too from the will that the testator did not desire these corporations merely to nominate executors and thereafter to rest functa officio; on the contrary he envisaged a situation in which each corporation would assume responsibility for the acts of its nominee and, subject to the master and the court, control his actions. If one puts aside formalism and does not adhere too rigidly to the literal meaning of the words, thereby flying in the face of their spirit, the situation which the testator sought to create is practically identical with that contemplated by the first proviso to section 32 of the Administration of Estates Act 1913 which reads:

> 'Provided further that if the executor appointed by the will be a corporation, the Master shall grant letters of administration to any officer of the corporation thereto nominated and guaranteed as aforesaid by the corporation, for whose acts as executor the corporation accepts liability; and upon his death, resignation or dismissal, to his successor being thereto nominated and guaranteed as aforesaid by the corporation.'

I am not at present concerned on general grounds with the correctness or otherwise of the appointment of the persons now figuring as executors. I raise these considerations merely to counter the suggestion, made in argument, that as the executors support the application, all interested parties are before the court and there could therefore be no possible prejudice to anyone if the prayer be granted. Not only is it arguable that the position of the present executors is assailable; even if their status cannot be impugned, they are not the functionaries contemplated by the testator under that expression, and postulating the validity of the dispositions made in the will, the executors dative would merely be liquidators of the estate. Having paid the debts it would be their duty to deliver and transfer the residue to the 'executors' as imagined by the testator, who would perhaps more appropriately be called administrators.

The validity of the will itself is not questioned. If it were to be interpreted in accordance with English law, I take it, the question would arise whether the persons or class of persons to be benefited or the object to which the funds are to be dedicated, are defined with such certainty as to entitle the testator's wishes to be put into execution. If those wishes do not conflict with the law in regard to perpetuities or with public policy, they would be given effect to even if the administrators had been nominated. It would be surprising, in view of its history, to find our law relating to testamentary dispositions less elastic or that a testator's clearly expressed

intentions may be defeated by the application of an archaic formalism to the provisions in the will themselves and not touching its execution.

The applicants rely strongly on a dictum of Innes CJ in *Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 AD 491, where the learned chief justice says:

> 'This is a will drawn by an English lawyer and expressed in English legal phraseology; but the testator both at the date of execution and at the date of his death was domiciled in the Cape Colony; and his dispositions must be interpreted in the light of our law.'

That dictum must however not be torn from its context. The learned chief justice could never have meant that where a testator has clearly expressed his intention in the terminology of a foreign legal system his concepts are to be interpreted as if he had in mind the terms of Roman Dutch law. The point of issue in that case may be described as the question: in whom did the executable property in certain assets vest? All that the dictum sought to convey therefore was that once a certain complex of rights has been created by will, its legal incidents will have to be determined in accordance with our own law.

It was contended then by the applicants that those provisions of the will by which the testator sought to establish a trust are void for the following reasons:

1 They purport to benefit persons whose election is left to the discretion of the executors, which is legally impossible;

2 They purport to effect a fideicommissary disposition without definitely substituting fideicommissary heirs;

3 They purport to appoint uncertain persons, the nominees of certain corporations, as fiduciary heirs. A disposition must be that of the testator himself and this is a function which he cannot delegate. The appointment of fiduciaries, the very foundation of the disposition, is therefore defective and the whole superstructure of the testator's direction falls to the ground.

I am not at all sure that this method of approach is the correct one. The testator's directions are interpreted in terms of certain legal institutions; then it is said these institutions are defective and consequently the directions go by the board. The proper angle of approach seems to me to be rather the following: These are the expressed intentions of the testator, is there anything in our law to prevent us giving effect to them?

Dr Hall quoted Voet *ad Pandect* 28 5 29:

> 'Denique ratae non habendae institutiones illae, quae directo in arbitrium tertii collatae sunt, veluti si Titius voluerit, Maevius mihi haeres esto, vel quos Titius voluerit, heredes mihi sunto; cum satis constanter veteres decreverint, testamentorum, atque adeo etiam institutionum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.'

This book deals with the institution of heirs; not with testamentary dispositions. Generally the 'iura per se firma esse oportere' was not an arbitrary rule conceived in order to penalise testators for their indecision. In Rome the testament was not merely an instrument for regulating the

devolution of a deceased person's assets as it is today; it tended primarily to sustain the personality of the deceased. It had also a religious significance, for on the heir or the legatee who succeeded to the major portion of the estate devolved the duty of practising the family cult and so propitiating the gods, thereby performing a duty to the family.

Moreover at Roman law and also to some extent in the common law as received in Holland the heir was the foundation of the will and the course which the devolution of the testator's property would take depended on an exercise of his volition. It was necessary therefore that he be a definite person or that there be a determined series of heirs in order of substitution. Now that with us the liquidation and distribution of the estate have been taken out of the hands of the heir and entrusted to the executor there is no distinction between the heir and the legatees.

But it is said such a legacy is also void. For this proposition the applicants rely on van der Linden's translation of Pothier's work *Van Legaten* section 13:

> 'Het behoort tot den aart der uiterste willen dat zy vooral bevatten den wil van den overleden en niet dien van een ander en dat het de overleden is die gegeven heeft en niet de erfgenaam die geeft. Hier uit volgt dat legaten, gemaakt indien de erfgenaam het wil, indien het zyn goedvinden is, onbestaanbaar zyn.'

Now the applicants could not have understood the real meaning of this passage. As I have pointed out before, the requisite of certainty in testaments was not imposed as a penalty for indecision but fitted in with the scheme of testamentary succession; the principle should not therefore be extended to circumstances to which its application would be meaningless and arbitrary. The passage relied on for his statement by Pothier is *Dig* 32 11 7:

> 'Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur si volueris, tamen si ita adscriptum fuerit: 'Si fueris arbitratus' 'si putaveris' 'si aestimaveris' 'si utile tibi fuerit visum vel videbitur,' debebetur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.'

The word 'debeatur" shows that Ulpian was considering these dispositions not from the point of view of permissibility per se but as obligations binding the heirs. Obviously if the testator leaves it entirely to the discretion of the heir whether the directions of the will should be followed or not the heir is not bound to make inroads on the inheritance. The injunction is therefore 'inutilis' in the same sense that *Dig* 45 1 108 says:

> 'Nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit.'

This uncertainty is one which the heir may rely on. But should pious motives induce him to fulfil the testator's wish no one could restrain him. That this is the underlying idea is clear from the treatment of the subject in the whole title as well as from the converse case held by Ulpian to be a valid disposition (n 5):

> 'Sic fideicommissum relictum: 'nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo' quasi condicionale fideicommissum est et primam voluntatem exeget.'

Many attempts have been made to reconcile the statement of Modestinus in *Dig* 35 1 52:

'Non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: 'Si Maevius voluerit, Titio decem do: nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest,'

with apparently directly conflicting statements such as, for example, that of Ulpian in *Dig* 30 43 2 which reads:

'Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.'

The attempted reconciliations are not very convincing. This much however seems clear from the examples given: the validity of a legacy may be doubtful where the testator leaves it entirely to the discretion of the heir or a third party whether an amount and if so how much should be given or where the direction as to the subject matter of the bequest is definite but the determination of the legatees is left entirely to the decision of the heir or another, with liberty to make such determination or not. There is no difference in principle between the determination of the subject matter of the bequest and of the person it is destined for. Where therefore the testator does not merely make an inchoate disposition, leaving to others the decision as to whether or not there shall be a disposition at all, but definitely makes a disposition leaving either the subject matter or its destination to the good faith and good sense of the heir or another – 'cui quasi viro bono commissum est' – the disposition would be valid.

In the will under consideration it was clearly the intention of the testator that the corporation mentioned should exercise this kind of judgment in the appointment of their nominees, and I cannot see therefore why the provision should be impossible.

Justinian explains in *Inst* 2 20 27 that he has repealed all the antiquated prohibitions against the institution of unascertained but ascertainable persons. Of the constitution to which this passage relates we have only a fragment (*Code* 6 48 1) which does not seem to bear out his statement. So much is clear, however: 'Quod pauperibus relictum est non videre incertum esse.' The same applies to bequests to charitable institutions or for charitable objects.

Now in the will under consideration, the testator leaves his estate to the 'executors' in trust. As I have already said in another connection his real intention seems to be that the nominating corporations are the fiduciary legatees and the nominees merely the instrument through which these corporations are to execute the trust.

The adage 'expressa nocent, non expressa non nocent,' which explanation in *Dig* 35 1 52 is about as satisfying as 'filling one's belly with the east wind,' cannot be applicable here, for

'interdum alterius nomen scribitur in testamento alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit' (*Dig* 32 11 22).

The situation under this will is similar to that considered by Groenewegen *De Legib Abrogat C* 1 3 42 2 where he says:

'Plane quod nomine appellativo legatur Diaconis, penes quos rerum ecclesiae curam et gubernationem esse dixi, non ipsis personis, sed ecclesiae relictum censetur.'

In Germany a long-drawn-out battle has been waged, when the common

law still applied, whether a testator could institute as heir a creature of the testament, eg an art gallery. That he could do so in regard to charitable institutions and trusts for charitable objects was never doubted. In Roman law, it seems there can be little doubt. Goudsmit, in his *Pandectem System*, paragraph 37 sums the matter up in this way:

> 'Eene stichting ad pias causas wordt gevestigd: 1 door eene uiterste wilsbeschikking, waarbij iemand een vermogen afscheidt ten behoeve eener instelling, die eerst by die beschikking selve in het leven geroepen . . .
> Het beheer der stichting heeft plaats, volgens die bepaalingen door den stichter daaromtrent vastgesteld, alles behoudens het oppertoezicht der Bischoppen, die de bevoegdheid hebben nalatige of trouwlooze bestuurders te verwijderen en andere in hunne plaats te stellen.'

That such bequests ad pias causas could be and were made in Holland prior to and subsequent to the reception of Roman law is clear from Dutch diplomata which it is unneccessary to refer to as the fact is legislatively recorded by Charles V in a Plakaat of the 8th September, 1518 (*Groot Pl Bk* 11 2052). Land was of course the main source of wealth in those days and the emperor complains that so many monasteries, convents and 'Godshuizen' – a generic term for all charitable institutions – were coming into existence and consequently so much land was being tied up in mortmain as seriously to encroach upon the revenue. Wishing to remedy an economic evil he applied mainly economic sanctions. He forbade the foundation and erection of new monasteries, convents and churches, save under his letters patent. The undue increase in 'Godshuizen' he sought to curb by providing that they should be subsidised in cash, not in land. This of course fell short of restraining the creation of piae causae. As a purely financial measure applicable only to Holland the Plakaat never had force of law in South Africa and in any event there is ample evidence that it fell into desuetude soon after the rebellion of the Netherlands. De Blècourt, in his *Kort Begrip* 4th ed 73, describes how after the reformation the state took over the functions of the Catholic church in regard to piae causae and by a kind of cypres diverted the revenues to similar purposes. 'Stichting' he defines as 'een voor een bepaald doel afgezonderd vermogen, zonder dat er een persoon of een groep van personen als eigenaar is aan te wijzen.'

He further says:

> 'Toestemming der overheid was voor die totstandkoming eener stichting niet noodig.'

That this continued to be the legal position up to the French incursion is clear from the countless institutions such as orphanages, bursary funds, professorial stipendia and begijn-tuintjes created during the republic either inter vivos or by testamentary disposition as the natural exercise of the subject's private autonomy.

The creation of corporations is governed by statute in South Africa and such juristic personae can come into being only by authority of the state granted expressly or under a general enabling enactment. I do not know, however, of any amendment of the common law in regard to piae causae.

Those provisions under the will which contemplate the granting of unsecured educational loans or loans intended to assist the rehabilitation of the impoverished clearly fall within the objects of piae causae. In regard to the general desire that the trust be of some use to South West Africa there is a very interesting decision reported in Seufferts *Archiv* vol 1 no 97 come to at a time when the German law in regard to testamentary succession was fundamentally indentical with ours. A testator had willed that in certain contingencies his estate be devoted to charitable and useful purposes. It was held that in so far as the institution of 'milden Stiftungen' was concerned, the provision was not an institutio incertae personae.

To restrict the legal provisions favouring testamentary dispositions ad pias causas to existing foundations, or in other words, the requisite of a persona certa in the case of such dispositions, is not supported by either the Roman or the Canon law, but rests on a confusion of the concepts connoted by the expression causa. For, granted that when the privilegia appertaining to piae causa, such as tacit hypothec, restitution in integrum etc are under discussion, the expression certainly denotes and can only denote a definite and already existing foundation recognised by the state as a juristic person, this narrower connotation is not applicable to testamentary dispositions ad pias causas. In this connection pia causa denotes simply a devout and charitable object, as is manifest from *Nov* 131 c 12 read with c 10 and 11 and the fact that it is immaterial whether to this end a definite foundation is already in existence or is still to be created is clearly demonstrable in Roman law. Even without recourse to *Cons* 46 *de episcop et cler* 1 3 which has not been commented on by the glossators and was only reconstructed by A Contius; or to the lost Justinian constitution relating to the institution of incertae personae and piae causae (*C* 48 6 27 and *Inst* 2 20) those legal provisions which declare all wills in favour of the poor or for the liberation of captives valid and the objection that there is no definite person as heir or legatee competent are pertinent. (*Const* 13 23 *de sacris, eccles* 1 2 *Const* 24 28 49 pr *et si de episc et cler* 1 3.) Moreover in *Nov* 131 *C* 10 express mention is made of the case where a person gives a testamentary direction for the construction of a house of prayer or of a charitable institution, whence it indubitably follows that, in the case of testamentary disposition ad pias causas, it is immaterial whether or not a definite institution with a juristic personality recognised by the state has been appointed heir or legatee; it consequently does not require the fiction of a persona moralis postuma or of a embryo moralis. The Canon law effected no change in these principles but merely added, in respect to the outward form, that the formalities ordinarily necessary are not essential to the validity of such dispositions, provided only the intention of the testator be proved (*C* 4 c 11 X *de testament* 3 26).

Neither does the disposition on in favour of 'useful' objects, which could only mean 'conducive to the common weal' (*gemeinnuetzige*) fall to the ground as an institution of incertae personae. For although the expression piae causae should not be extended to include such useful objects, seeing that only some of the privileges appertaining to charitable foundations have been accorded to the cities (*Const* 19 *de Sacrosanct eccles* 1 2) and that

the cities are distinguished from religiosissimis locis in *Const* 24 pr *eod* as well as from the state (pr 16 *de VS*); yet Justinian in *Inst* 2 20 25 and by the illustrations there given uses the expression incertis personis to connote only persons whose identity will be determined by some future fortuitous circumstances. Moreover in *Cons* 24 *de episcop* 1 3 the institution of the poor is no more regarded as an institutio incertae personae than the institution of an association which is not prohibited in *Dig* 34 5 20. The direction in regard to useful objects is really an institution of the state jointly with the pia causa, in so far as the state wishes to devote that portion of the estate which devolves on it, to objects useful to the community. This institution is therefore that of a moral person and as valid as a promise made to the state, *Dig* 50 12 5 1.

The last leg of this judgment is perhaps a bit of a mental leap. I prefer the doctrine of cypres enunciated by Groenewegen *De Legib Abrogat ad C*1 2 15:

> 'Attamen si quis testamento aliquid in prohibitos usus reliquerit, non omnino curruit legatum, sed in licitos usus ex benigna interpretatione sustentatur et relictum in similes, sed licitos usus convertitur. Ratio est quia in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.'

Even if the fiduciary legatees were to consent to the proposed encroachment upon the funds of the estate, this application could not be granted; first because they are merely fiduciaries and secondly because in the last resort the court can enforce the execution of dispositions ad pias causas if heirs or legatees, whether fideicommissary, conditional or sub-modo, remain supine or recalcitrant; for in our system the ultimate powers of supervision which formerly vested in the church are exercised by the courts, Groenewegen *De Legib Abrogat ad C* 1 3 *Authent licet testator*:

> 'Sed ipsis haeredibus (ie where the testator has made no other provisions, and therefore nowadays the executor) hoc officium relinquendum censeo, qui si hoc facere negligant, ad hoc judicio auctoritate compelli possunt.'

I come therefore to the following conclusions:

1 According to the true intention of the testator the law society, the bank and the Salvation Army are the joint universal fiduciary legatees, acting through nominees as instruments.

2 Even if the nominees are to be regarded as the legatees they are determinable by an exercise of discretion, quasi boni viri by the directing body of each corporation. The apparent contradiction between this alternative and that set out in paragraph 1 is immaterial as either is an adequate reply to the technical objection of uncertainty and on either view the devolution of the estate would be the same.

3 Where there is no ascertainable legatee a disposition is invalid only in the sense that there is no claimant to enforce it and not in the sense that heirs ab intestato can claim as under a conducous disposition (*Arg Just* 2 20 re irrecoverability of payments made under a will to personis incertis).

4 The testator has in fact created a pia causa by his will. To support such a disposition a presently existing and ascertained fiduciary in the ordinary sense is not essential. The pia causa itself is the subject of the fiduciary rights.

5 In so far as the ultimate beneficiaries are concerned certainty is not necessary in the case of dispositions in favour of charitable objects, such as this.

6 Although the rights of the fiduciary legatees who are merely conduits of the testator's charity, are not easily expressed in terms of cash, such rights do exist, e g that to administration fees. Even patronage – e g that extended by the nominating body to its nominee – may be thought worth protecting. These interests have had no opportunity to be heard.

For these reasons the application is refused. Costs of application to come out of the estate."

The widow and daughter appealed against this judgment. I did not find the judgment of the appellate division on this first appeal; but in October 1935 the matter having been heard by Curlewis ACJ, Stratford, Beyers and De Villiers JJA and De Wet AJA, an order was made

> "that the order of the court below be and is hereby set aside and that the appellants be and they are hereby directed to set down the application de novo in that court, notice of the application to be given to . . ."

The application was called again in the high court at Windhoek on 16 March 1936, and again dismissed on 29 May 1936. Portion of the reasons follow:

"When this matter came before me again on the 16th March last dr Hall, for the petitioners, raised one argument only, namely, that the appellate division must have disapproved of the reasons for judgment delivered in this court in this matter on the 22nd July 1935, because it set aside the order made pursuant thereto and ordered the application to be set down de novo in this court.

This contention is not borne out by the judgment or by the circumstances. When the application was first brought in this court I pointed out to counsel for petitioners that all the potentially interested parties were not before the court . . .

Moreover the judgment of the appellate division contains this statement which is quite incompatible with dr Hall's contention:

> 'We do not consider it desireable to express any opinion on the merits of the application or on the construction placed on the will by the court below without first giving other interested parties the opportunity of being heard.'

The whole matter is therefore open. But if counsel could seriously put forward the contention that the matter was not, it is not surprising that none of the potentially interested parties came forward to oppose the application especially in view of the documents served on them as would appear from the affidavits of service.

On the merits of the application I can only repeat what I have said in the first instance save that my remarks in regard to notice to potentially interested parties now fall away.

To my mind the method of approach adopted by petitioners is wrong. They put up skittles to knock down. They say this testamentary disposition is a fideicommissum and as such it is bad. As an allocation of rights to property vested or to vest in different persons fideicommissum is an institution known to our law; as a method of devolution of property pure and simple it has no longer any place in our legal system. In the time of Grotius the testament had already acquired a significance different to that of the Roman, for he says

> 'Uiterste wille is een oorkonde van 't gunt iemand wil dat van 't sijne nae sijn dood zal geschieden' (Gr 2 14 4).

In other words, the appointment of agents to execute the will of the testator had become less important than his directions as to what shall be done with his property. The proper method of approach therefore seems to me to be not to force the dispositions of the testator into any legal forms but to say:

> 'A living person is allowed to determine what shall happen to his property after his death. This man has exercised that privilege; is there any legal obstacle to giving effect to his wishes?'

When I said therefore that the true intention of the testator was that the law society, the bank and the Salvation Army were to be the joint universal fiduciary legatees, acting through their nominees as instruments, I meant of course in so far as one desires to express his intentions in terms of fideicommissum. Looked at from this point of view the fact that these institutions have failed to assume their rights and liabilities does not affect the matter for the testator has substituted the master and in the last resort the powers of the court in contemplation of that event. Quite apart from that the testator has created a pia causa, which does not require an existing person of inherence.

The only question which caused me some concern at this stage is one which, in view of the line of argument adopted on behalf of petitioners was not raised by counsel. If to create a pia causa is to sequester patrimonial goods to a moral end that end would have to be certain."

The conclusion was that the testament was sufficiently certain and valid with the result that application was refused.

The rest is history; there was a successful appeal against this conclusion and what was in those times a handsome sum was awarded to three women instead of towards furthering an ideal. □

As julle ewenwel die koninklike wet volbring volgens die Skrif: Jy moet jou naaste liefhê soos jouself – dan doen julle goed.

Jakobus *2:8*

Aantekeninge

STRAFREGTELIKE RELEVANSIE VAN *VIS*

In 'n onlangse uitspraak van die Suid-Afrikaanse appèlhof het die vraag of vis compulsiva (dwang) 'n verweer op 'n moordklagte kan wees weer na vore gekom. In *S v Peterson* 1980 1 SA 938 (A) is gevangenes aangekla van die moord op 'n medegevangene. Een van die gevangenes se verweer was dat hy onder dwang opgetree het. Appèlregter Trengove pas die beginsels wat in *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A) op 10 uiteengesit is, toe. Hy kom tot die konklusie dat die verhoorhof moes bevind het dat die staat nie bo redelike twyfel bewys het nie dat die fiktiewe redelike persoon in die betrokke appellant se geval en in sy omstandighede weerstand teen die dwanguitoefenaar ('n medebeskuldigde) sou gebied het (949). (Daar kan terloops genoem word dat die kwalifisering van die fiktiewe redelike persoon-toets deur "die omstandighede van die appellant," geïnterpreteer kan (en myns insiens behoort te) word as die toepassing van 'n subjektiewe toets (vgl my bespreking van *S v De Blom* 1977 3 SA 513 (A) in 1978 *De Jure* 386)).

In hierdie aantekening wil ek in aansluiting hierby enkele opmerkinge oor die plek en verskyningsvorme van vis in die strafreg maak.

Agtergrond

In die Romeinse reg is vis beskryf as necessitas imposita contraria voluntati (*D* 4 2 1; vgl ook Mommsen *Römisches Strafrecht* 652). Vis word derhalwe omskryf in terme van die slagofferswil. In die Romeinse reg is daar verder onderskei tussen vis publica en vis privata. Eersgenoemde was juridies van 'n ernstiger aard as laasgenoemde (vgl Rein *Kriminalrecht der Römer* 689 734.)

In die Europese fase van die ontwikkeling van ons gemenereg tref ons fynere sistematies-wetenskaplike onderskeidinge aan. Vinnius onderskei vyf verskyningsvorme van vis, naamlik turbitiva, inquietativa, compulsiva, expulsiva en ablativa (*Inst* 4 2). In die onderhawige bespreking word slegs aandag gegee aan vis ablativa (werklike geweldstoevoeging of oormag) en vis compulsiva (bedreiging of blootweg dwang). Verder word slegs vis wat teenoor 'n mens gerig is, bespreek, en nie gevalle waar vis teenoor iets anders, byvoorbeeld goed, gerig is nie. (Die begrip vis word hedendaags selde in die Suid-Afrikaanse reg gebruik. Die woorde "geweld" of "violence" word in sekere gevalle gebruik terwyl die begrippe "dwang" of "compulsion" (of sinonieme of variante daarvan) in ander gevalle aangewend word.)

In die Suid-Afrikaanse strafreg kom die begrip vis by beide pole in die personologiese struktuur van die misdaadinhoud voor: vis kan eerstens

deur of namens die dader teenoor die slagoffer gerig word en tweedens kan dit teen die dader gerig word. Hierdie stellings word vervolgens toegelig.

Dadergerigte vis

Indien vis teen die dader gerig word (die woord "dader" word gebruik in die sin van die verrigter van 'n fisiek-kinetiese handeling, dit wil sê 'n persoon van wie 'n liggaamsbeweging uitgaan wat op die pleeg van 'n misdaad sou kon neerkom, of 'n persoon wat nie 'n sekere deur die strafreg vereiste liggaamsbeweging wat op 'n misdaad sou kon neerkom, uitvoer nie) kom die vraag na sy (die dader) se strafregtelike aanspreeklikheid na vore.

In die lig van veral die Duitse begripsdogmatiek, onderskei Suid-Afrikaanse strafregwetenskaplikes in dié verband sistematies tussen vis absoluta en vis compulsiva. 'n Uitvloeisel van die genoemde dogmatiek is die daarstelling van sekere standaardmisdaadelemente wat ook as gereedskap gebruik word waarmee die misdaadinhoud nie alleen ontsluit nie maar ook verklaar moet word. Vis absoluta sluit die standaardelement *handeling* uit, want handeling staan op twee pilare, naamlik die willekeurigheidspilaar en die fisiek-kinetiese ('n spesifieke doen of 'n nie-doen) pilaar. Vis absoluta, so word gesê, skakel willekeurigheid uit en daarom ook die handeling en daarom ook strafregtelike aanspreeklikheid.

Vis compulsiva, daarenteen, skakel wederregtelikheid of, deur sommiges voorgestel, (soms) skuld uit (vergelyk my artikel "Noodtoestand" 1974 *Acta Juridica* 73) en gevolglik ook strafregtelike aanspreeklikheid.

Aan die hand van enkele hipotetiese voorbeelde kan dié problematiek nader toegelig word:

1 A gryp B se hand vas en slaan daarmee (met B se hand) 'n skakelaar af wat tot gevolg het dat C se motor in die lug geblaas word.

2 A dreig B met ernstige liggaamlike letsel as hy nie die genoemde skakelaar afslaan nie. Deur A se dreigement gedwing, slaan B die skakelaar af en C se motor word in die lug geblaas.

3 Ter komplisering van geval 1 hierbo genoem: veronderstel B kon weerstand bied maar as gevolg van sy vrees vir verdere optrede deur A doen hy dit nie.

4 Ter verdere komplisering van geval 1: veronderstel B kon weerstand bied maar toe hy agterkom wat A se plan is, besluit hy om nie weerstand te bied nie omdat hy self 'n aksie teen C het en in elk geval van plan was om C se motor te beskadig. Hy vereenselwig hom dus met A se optrede.

Die strafregtelik-relevante verskille (waaraan ek kan dink) tussen dié vier gevalle is:

a In gevalle 2, 3 en 4 bestaan daar vir B 'n moontlikheid om die nadeel aan C te verhoed deur weerstand te bied. In geval 1 bestaan daar as gevolg van die spoed of die algehele oormag waarmee A optree, nie so 'n moontlikheid nie.

b In gevalle 2 en 3 het B nie die bedoeling om C te benadeel nie. In geval 1 ook nie, maar dan nie noodwendig omdat dit nie andersins (as hy byvoorbeeld tyd gehad het om dit te oorweeg) sou wou nie. In geval 4 het B wel die bedoeling om C te benadeel.

c In die lig van ons geldende strafreg kan B in geval 2 en myns insiens in geval 3 ook, slegs aan strafregtelike aanspreeklikheid ontkom as aan die proporsionaliteitsreël voldoen word, naamlik die reël dat die nadeel aan C toegevoeg nie buite verhouding tot die bedreigde nadeel aan B moet wees nie (vgl my artikels "Noodtoestand" supra 98–103 en "Noodweeroordadigheid" in *Gedenkbundel HL Swanepoel* Coetzee (red) 152 ev). In gevalle 1 en 4 is die proporsionaliteitsreël nie van toepassing nie, maar om verskillende, eintlik teenoorgestelde, redes: In geval 1 omdat B nie die nadeel wil nie en niks daaraan kan doen nie en in geval 4 juis omdat hy die nadeel wil.

d Die kern van die verskil lê daarin dat B in geval 1 hoegenaamd nie strafregtelik aanspreeklik kan wees nie, in gevalle 2 en 3 wel strafregtelik aanspreeklik kan wees (as nie aan die proporsionaliteitsreël voldoen is nie) en in geval 4 myns insiens beslis strafregtelik aanspreeklik is, nieteenstaande die feit dat sy optrede uiterlik die kleed van vis absoluta dra. Die grondslag van sy aanspreeklikheid in die laasgenoemde geval bestaan daarin dat hy opsetlik nagelaat het om weerstand te bied.

In gevalle 1, 2 en 3 is B se wil uitgeskakel. Wilsuitskakeling is die koppelfaktor tussen die drie gevalle: in geval 1 is B se wilsvormende fakulteit òf uitgeskakel voordat dit geaktiveer kon word (in dié gevalle waar daar nie tyd is om te dink nie) òf uitgeskakel omdat dit as gevolg van fisieke onmag nie weerstand kan genereer nie. In gevalle 2 en 3 is B se wil ook uitgeskakel maar dié keer as gevolg van byvoorbeeld vrees (of verwarring as gevolg van die konfliksituasie) vir die dreigende eie nadeel. Geval 3, hoewel dit uiterlik na geval 1 lyk, is eintlik soortgelyk aan geval 1 – die verskil tussen gevalle 1 en 3 lê slegs in B se gemoed.

Slagoffergerigte vis

Die interessante is dat daar in die Suid-Afrikaanse strafreg nie sistematies onderskei word tussen vis absoluta en vis compulsiva as verskyningsvorme van slagoffergerigte vis nie. Ter illustrasie kan op die volgende voorbeelde gelet word:

1 A bekruip B van agter af, slaan hom katswink en neem sy beursie af.

2 A dreig B dat hy hom katswink sal slaan as hy nie sy beursie oorhandig nie. B oorhandig sy beursie.

Ten aansien van die misdaad roof het ons howe vis absoluta en vis compulsiva, in ooreenstemming met ons gemenereg, gelyk gestel (vgl my artikel "Die Handeling by die Misdaad Roof" 1973 *Speculum Juris* 36 40 ev). Die rede daarvoor is geleë in die feit dat die slagofferswil in beide gevalle uitgeskakel word. In *Thababe v R* 1946 2 PH H 160 (O) stel regter Van den Heever dit treffend: "in order to constitute the crime of robbery, the violence had to be offered or threatened with the object of preventing,

overcoming or putting an end to the victim's resistance." (Sien ook my bespreking van *S v Elbrecht* 1977 4 SA 165 (K) in 1978 *De Jure* 168.)

Wat vir roof geld, geld ook vir ander soortgelyke geweldsmisdade (vgl *R v M* 1953 4 SA 393 (A) 398 ten aansien van die vergelykbare verskyningsvorme van verkragting). In al dié gevalle is die gemeenskaplike noemer te vinde in die lamlegging of uitskakeling van 'n strybare of potensieel-strybare slagofferswil.

Konklusie

Die sleutelvraag is: is dit nodig en wenslik om in die geval van dadergerigte vis een verskyningsvorm daarvan, naamlik vis absoluta, as 'n uitskakeling van die *handeling* en die ander verskyningsvorm, naamlik vis compulsiva, as 'n uitskakeling van *wederregtelikheid of skuld* of wat ook al, te beskou? Soos hierbo op gewys, is die sentrale tema in beide gevalle dat die slagofferswil uitgeskakel of lamgelê word. Dieselfde geld vir slagoffergerigte vis.

Die rede vir die feit dat vis absoluta onder handeling en vis compulsiva onder iets anders resorteer, is geleë in die standaardmisdaadelementologiese benadering wat Suid-Afrikaanse strafregwetenskaplikes, soos genoem, van die laat negentiende-eeuse en vroeg twintigste-eeuse Duitse strafregwetenskaplikes wat vanuit 'n sterk Kantiaanse filosofiese onderbou geanaliseer het, oorgeneem het. Die standaardmisdaadelemente het vir baie strafregwetenskaplikes die terrein daargestel waarbinne en waartussen die strafregwerklikheid *moet* funksioneer – dit het die dogmatiese basis geword vanwaar strafregtelike analises en projeksies gemaak is (sien vir meer detail hieroor my artikel "Misdaadelementologie" 1977 *De Jure* 310 315).

Die gevolg hiervan was onder andere dat die menslike wilsproses in fasette opgedeel is om die standaardmisdaadelementologiese benadering te bevredig: die willekeurigheidsvereiste (in die geval van vis absoluta) is onder die handeling geplaas, wilsgerigtheid is via opset onder skuld geplaas (behalwe die wilsgerigtheid om byvoorbeeld in noodweer op te tree wat blykbaar onder wederregtelikheid geplaas is) en vis compulsiva onder wederregtelikheid. Hierdie benadering kniehalter sinvolle wetenskaplike progressie omdat dinge wat natuurlikerwys bymekaar hoort van mekaar vervreem word. Al die misdaadvereistes wat met die menslike wil te make het behoort, ter behoud van die wetenskaplik-organiese verband met mekaar, bymekaar gehou te word. So gesien sal die wilsproses van die mens ook vir die strafregwetenskaplike meer begripvol word en sal die wetenskaplike kennis wat verwante wetenskappe (soos die sielkunde) bykans daagliks oor die menslike wil inwin ook vir die strafregwetenskaplike bruikbaar word. Feit van die saak is dat die menslike gees sigself nie sinvol in vooropgestelde begrippe en formules laat inforseer nie – so 'n benadering stry teen die prosessuele aard van die menslike gees en inderdaad teen die mens self (vgl my artikels "Misdaadelementologie" supra 319 en "Noodtoestand" supra 92).

JMT LABUSCHAGNE
Universiteit van Pretoria

WHERE THE BUCK STOPS

The inspiration of this note is not the judgment of *Volkskas Beperk v Johnson* 1979 4 775 (C) which adds little but a gloss to current judicial decisions (*Standard Bank of SA Ltd v Sham Magazine Centre* 1977 1 SA 484 (A) *Aboobaker v Gableite Distributors (Pty) Ltd* 1978 4 SA 615 (D)) relating to the question of cheques whose transferability is prohibited, but its repercussion, the sound of wailing and gnashing of teeth in the banking community (reported in the *Financial Mail* of 1980–04–25).

Banks abhor the non-transferable cheque. They dread the possibility of bearing the loss caused by the drawee bank's paying the amount specified in the cheque to a person not entitled to payment by virtue of the fact that transferability is prohibited. The reason given is the added and allegedly insupportable burden of having to peruse with care each cheque which is one of a voluminous number dealt with daily in an intricate clearing system which of commercial necessity must remain speedy and cheap. This explanation is unconvincing as it *is* a bank's duty to peruse cheques with a reasonable measure of care. The loss incurred by the banks is minimal so why the intense emotions aroused among bankers by the non-transferable cheque? It is that the banks are accustomed to their privileged status arising from their monolithically powerful financial position which permits them to call the tune even to the extent of compiling a handbook of practice which sometimes departs from the provisions of the Bills of Exchange Act 34 of 1964 and which is jealously guarded against general exposure. Banks habitually pass the buck, usually to the small man who is helpless against the debit entered by his bank against his account. One cannot help a sense of satisfaction on the collective behalf of small customers that *Volkskas Beperk v Johnson* has dusted off that neglected principle that the bank is obliged to pay only in accordance with the terms of its customer's mandate evidenced by his cheque. Of course it must be conceded that banks do carry a heavy burden as agents of payment of an infinite number of cheques. The customer demands rapid and impeccable service – a tyrannical order according to the banks. Further Volkskas, the defendant in the above case, had a justifiable cause for discontent in that Johnson was enriched at its expense. It is submitted that this eventuality, as will emerge presently, was caused by the bank's choice of the wrong remedy.

The facts of Johnson's case provide a useful vehicle to suggest a number of positions other than that of the paying bank where the buck might stop in circumstances where payment of a non-transferable cheque is made to the wrong person. Johnson's (J's) cheque ordered payment as follows:

"To Volkskas Bank

Pay Tennant & Co (a/c I Abrahams) or ONLY."

The cheque was crossed and marked "not negotiable," indorsed by Tennant & Co (T) in favour of I Abrahams (A) who in turn indorsed the instrument in blank and negotiated it to one S for whose account Barclays National Bank collected payment. Volkskas (V), having paid the money to Barclays (B), debited J's account which, happily for him, contained an insufficient

sum to cover the amount of the cheque. He resisted V's claim that he should reimburse V for the difference. V, he alleged, had no right to debit his account as he had ordered payment to T only. The cheque was not transferable in terms of s 6(5) of the Bills of Exchange Act. Therefore V had paid contrary to its mandate. This was the issue which came before Grosskopf J for decision.

The judge succinctly disposed of two of V's three defences. These two were first, that a crossing cannot co-exist with a prohibition against transferability as the named payee cannot obtain payment save through his bank. The court pointed out that a collecting bank acts merely as the agent of its customer. Payment to an agent is tantamount to payment to the principal. Secondly, the court dismissed as irrelevant the contention that, although the bank did not pay according to J's instructions, his intention that A should receive the money was achieved. The customer's mandate to the bank has nothing to do with his instructions to the payee.

The most impressive submission relied upon by V was that there was an apparent conflict between the word "only" which prohibited transfer and the words "not negotiable" between the crossing which permit transfer but subject to equities (s 80 of Act 34 of 1964). The problem alluded to here is that referred to by Jacobs *The Law of Bills of Exchange, Cheques, Promissory Notes and Negotiable Instruments Generally* 4th ed 68 as one of interpretation created by the use of two expressions, one of a prohibitory nature, the other suggestive of transferability. Where there is such ambiguity, argued V, a cheque retains its negotiability. Grosskopf J rejected this contention without giving reasons other than a cursory reference to an article by Cowen ("Two Cheers (or maybe only one) for Negotiability" 1977 *THRHR* 19) in support of his pronouncement that a crossing and the words "not negotiable" are not irreconcilable with a prohibition against transfer. With respect, this reference is unsatisfactory as Cowen deals with two hypothetical cheques which differ, although not substantially, from the cheque under discussion. He says

> "It might be argued that the 'not negotiable . . .' crossing is inconsistent with the words 'not transferable,' with the result that the drawer's mandate is ambiguous and equivocal in regard to the question of transferability. The answer is probably, again, that section 6(5) of the act is overriding. 'Not transferable' are, in themselves, such clear words prohibiting transfer that they render such a cheque non-transferable. Furthermore, section 80 of the act does not provide that a crossed cheque, which includes the words 'not negotiable,' *must* remain transferable (no matter what other additions are made to the cheque). It merely provides that such a cheque (without more) is transferable, though transferable subject to equities" (42).

Grosskopf J neither expressly sanctioned nor gave independent reasons for this "probable answer," so leaves an impression that Cowen's opinion is his by incorporation. The ratio remains unclear.

Although it is a pity that the judge was content with Cowen's postulation, it cannot seriously be suggested that the decision is incorrect. In *Standard Bank of SA Ltd v Sham Magazine Centre* 1977 1 SA 484 (A) Holmes JA formulated thus the question that must be asked to establish whether the drawer intends to exclude transferability: Did he indicate such intention

"with *reasonable certainty* on a perusal of the document with ordinary care"? (My italics.) Aside from *Sham*, support for the decision may be found in *Aboobaker v Gableite Distributors* 1978 4 SA 615 (D) where the court decided, after careful review of the authorities, that upon a proper construction of s 6 of the Bills of Exchange Act, once the cheque contains clearly legible words distinctly prohibiting transfer, it is not transferable despite the simultaneous presence of other words such as "or order" which import equivocation into the drawer's apparent intention.

The upshot of the decision in *Johnson* was that J won a windfall at the expense of V. His obligation to the payee was in fact discharged by the bank which was nevertheless unable to debit his account. The circumstances call for an equitable solution. Let us propose a number of hypothetical answers to the problem.

Delictual action: V v B

As the collecting bank is not a party to the cheque and as there is no contractual nexus between it and the drawee bank, any claim by V, the drawee bank, against B, the collecting bank, must be founded upon the Aquilian action. For the Aquilian action to succeed the plaintiff must prove certain essentials of liability against the defendant. These are

1 a wrongful act i e the violation of a legally protected right of another;

2 fault in the form of either negligence or dolus;

3 damage or patrimonial loss; and

4 a causal connection between the act and the loss.

Can one say that a reasonably prudent collecting bank ought to foresee the possibility of injury to others as a result of its careless conduct? If so, it owes a duty to such others to take due and reasonable care to avoid causing such injury. Provided its failure to exercise a proper degree of care is the proximate cause of consequent loss, the collecting bank will prima facie incur delictual liability. At first blush South African case law does not seem to support this proposition. See *Yorkshire Insurance Co Ltd v Standard Bank of SA Ltd* 1928 WLD 251 and *Atkinson Oates Motors Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1977 3 SA 188 (W). However, these cases deal with the liability of the collecting bank to the true owner of a lost or stolen cheque which is subject to the provisions of s 81 of Act 34 of 1964. Further, it is the opinion of Tager 1979 *SALJ* 372 385 that the *Yorkshire Insurance* decision was reached in consequence of a confusion of the principles of Aquilian liability and those of the vindicatory action. In *Greenfield Engineering Works v NKR Construction* 1978 4 SA 901 (N) an Aquilian action based upon a cheque was allowed albeit not against the collecting bank. It is submitted that, despite the apparent authority to the contrary, circumstances may give rise to delictual liability on the part of a collecting bank. There are convincing Rhodesian judgments (*Rhostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 2 SA 703 (R), *Philsam Investment (Pty) Ltd v Beverley Building Society* 1977 2 SA 654 (R)) which reinforce this contention and which, it is hoped, the appellate division would find persuasive were it to decide the issue. These Rhodesian

decisions are not only more logically cogent but are also more in line with comparable overseas legal systems than those of South African courts (Malan 1979 *De Jure* 31 38).

It is submitted that the particular facts of *Johnson* preclude delictual liability on the part of B. Even if B did foresee or ought to have foreseen the possibility that V might suffer loss where B collected for S, B's first duty was to its customer for whom it collected payment. Can it be said that it owed V a duty of care to refuse to collect for its customer in circumstances where it must have appeared from the indorsements ex facie the cheque, not only to B but also to V, that enquiry was necessary? B might have said "let V, who can see all that I can see, enquire and instruct me accordingly. Am I my brother's keeper?" Certainly such conduct would be negligent as B ought to have foreseen the possibility of resultant harm, but would the conduct be wrongful? Ought B to have refrained from collecting for S? It is submitted that the answer must be in the negative.

Even if this analysis is unacceptable it is submitted that V could not show that B's collection for the wrong person was the causa causans of its loss. V itself could and should have perused the cheque. *Its* failure to do so was the direct cause of its own loss.

Had the cheque in *Johnson* been a bearer cheque which could have been negotiated without indorsement, the above analysis would be inappropriate. In such circumstances only the collecting bank could establish whether payment was demanded by the named payee. The drawee bank could not know ex facie a bearer cheque presented to it for collection that collection was not being made for the named payee as there would be no indorsements to evidence negotiation. The drawee bank would pay the collecting bank believing that it was paying the correct person. This belief would stem from its reliance on the collecting bank's collecting only for the named payee. By not doing so, the collecting bank acts wrongfully and causes the resultant loss. Just as the drawee bank should not pay a non-transferable cheque to anyone save the named payee, the collecting bank should refrain from collecting payment of a non-transferable bearer instrument for anyone save the named payee.

The banks will contend that it is unreasonable in the context of modern banking practice to expect a bank to foresee and guard against all conceivable loss which could arise out of incorrect processing of a cheque. Customers should not expect a system which provides a cheap, quick substitute for money to be immune from error. To this the law should reply that where an obvious anomaly would put a reasonably diligent banker on his enquiry, that banker is bound to investigate his suspicions. He fails in his duty where the anomaly escapes his notice or where, having seen the irregularity, he does nothing about it. A non-transferable cheque is such an anomaly.

In the past the courts have been loath to allow an Aquilian action for pecuniary loss not resulting from physical injury save where it was caused intentionally. *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Beperk* 1979 3 SA 824 (A) where a delictual action for pecuniary loss caused by a negligent misstatement succeeded, manifests a softening of this attitude. Of

course no discussion of an action for mere pecuniary loss can ignore judicial considerations of policy. However, there is no apparent reason to deny such an action arising out of a negotiable instrument. There is no endless chain of possible plaintiffs nor is the loss infinite.

Unjust enrichment: V v J or V v S

Upon the facts of *Johnson*, a more equitable solution which would deposit the loss where it ought to rest, is an action by V against J based upon unjust enrichment, viz the condictio indebiti. In circumstances where the payee rather than the drawer has been enriched the same action should be available to the drawee bank against the payee. (Enrichment occurs not only where there is an increase in assets but also where there is no decrease in assets but a decrease would otherwise probably have occurred – *Brooklyn House Furnishers (Pty) Ltd v Knoetze & Sons* 1970 3 SA 264 (A).) It was surely the recognition of this action which prompted Innes CJ in *Leal & Co v Williams* 1906 TS 554 to intimate that a right exists at common law which would entitle a bank which pays by mistake to recover from the person who receives payment.

A seminal decision relating to a bank's right to recover money paid in error is that of the recent English case *Barclays Bank Ltd v W J Simms Son & Cooke (Southern) Ltd* 1980 2 WLR 218 (QBD). (See also *Commercial Bank of Australia Ltd v Younis* 1979 1 NSWLR 444 decided shortly before *Simms*. The New South Wales court of appeal gave judgment in favour of the bank upon facts similar to those of *Simms*.) The opening paragraph of the judgment reads:

> "This case raises for decision the question whether a bank, which overlooks its customer's instructions to stop payment of a cheque and in consequence pays the cheque on presentation, can recover the money from the payee as having been paid under mistake of fact. The point is one on which there is no decision in this country; and it is a point, I was told, of considerable importance to bankers, not only because it is an everyday hazard that customers' instructions may be overlooked, but because modern technology, rather than eliminating the risk, has if anything, increased it."

After an exhaustive review of the authorities, one being the Privy Council decision of *Colonial Bank v Exchange Bank of Yarmouth, Nova Scotia* (1886) 11 AC 84 Goff J held that where a bank by mistake pays a cheque drawn upon it by a customer of the bank, the bank may recover payment from the payee (or one to whom he has transferred his right to payment) in the following circumstances:

1 There must be a mistake of fact, not of law, which causes payment to be made. It is irrelevant that the mistake is negligent.

2 The payer must not intend the payee to have the money at all events, whether the fact be true or false, nor must he be deemed in law so to intend.

3 The payment must not be made for good consideration, in particular, the money must not be paid to discharge a debt owed to the payee by the payer or by a third party by whom he is authorised to discharge the debt. The bank must not be authorised by the customer to make payment. If it acts within its mandate, then payment by the bank discharges the customer's

obligation to the payee. It follows that the payee has given consideration for the payment.

4 The payee must not have changed his position in good faith ie the payer who pays in error ought not to deprive the holder of any right or privilege by his failure to notify the payee of his error within a reasonable time. In the context of a negotiable instrument, this means simply that a holder must not be deprived of the opportunity to give the notice of dishonour necessary to protect his right of recourse against all the parties to the instrument. This defence will have no application to a cheque where notice of dishonour is dispensed with. Hence, provided tardiness by the bank in giving notice of its error does not occasion loss to the payee, the payee will have no defence based upon this rule.

Although this is an English case whose legal principles differ from those of South Africa, the decision evokes a distinct sensation of "déjà vu." Consider the following quotation from the judgment:

> "While accepting that the moral principle of unjust enrichment had been rejected as a universal or complete legal touchstone whereby to test the cause of action, he (Scott LJ in *Morgan v Ashcroft* (1938) 1 KB 49 62) referred to passages from the works of eminent jurists and concluded . . . that his citations emphasised: 'the importance of trying to find some common positive principles upon which these causes of action called 'implied contracts' can be said to rest, and which will not altogether exclude that of unjust enrichment embodied in those citations' " (234).

The question now becomes inevitable. How similar is the cause of action in *Simms* to our condictio indebiti upon which it seems essential to base a South African action for comparable recovery? Unhappily, South African courts have inclined to a formalistic and irresolute attitude towards the condictio, originally available in Roman law as an action arising out of quasi-contract. (Cf "implied contracts" in the quotation from the judgment of Goff J). In its early stages the condictio was justified by the principle that no one should be permitted to retain another's property without good cause. Later, Justinian placed the condiction under the equitable principle that no one should be enriched at the expense of another (Kaser *Roman Private Law* 2nd ed 200 translated by Dannenbring). Botha JA who delivered the majority judgment in *Nortje v Pool* 1966 3 SA 96 (A) stated that although South African courts have repeatedly recognised liability for enrichment in circumstances where none of the old actions would lie, this extended liability did not mean that a general enrichment action has developed in South African law (140B but see Scholtens 1966 *SALJ* 391). This statement shows the ambivalence with which our judiciary regards the condictio. On the one hand it is acknowledged that such an equitable action is desirable, while on the other, it is considered revolutionary not to squeeze a claim within the boundaries of the old Roman law actiones. The problem, however, lies in defining the boundaries which are of necessity hazy because they exist by virtue of "a subtle and flexible set of principles, developed by the Roman jurists mainly in the classical period, which has to some extent been lost sight of in the modern law, not through any fault of our judges but for want of adequate books" (Honore 1958 *Acta Juridica* 135 who cites *Bell v Esselen* 1954 1 SA 417 (A) as an example of the obscuration of these principles. Another example is cited by Scholtens 1959 *SALJ*

119 who submits that the decision of *CIR v Visser* 1959 1 SA 452 (A) is in conflict with principles expressed by Voet.) Other legal jurisdictions have experienced similar difficulties but have overcome them. In *Younis* these difficulties were expressed thus:

> "The development of the law as to the recovery of money paid under mistake of fact has been complex, indeed tortuous. There are not a few decisions, and many dicta, which it is difficult to reconcile. Many of its problems seem to be due to the application of dicta, made in the context of particular facts, to quite different facts, as if they established principles of general application" (447).

This quotation is appropriate in the South African context.

It is submitted that it is feasible to rely on a condictio indebiti while simultaneously citing *Simms* in support. To do this, the requirements enunciated in the English case for successful recovery must correspond to those of the condictio indebiti. The latter are:

1 The defendant must be enriched and the plaintiff impoverished.

2 There must be a datio or transfer of a thing or money. (A datio will be constituted not only between V and S but also between V and J on the basis of delegation – *D* 23 3 78 5 and *D* 46 2 13.)

3 The datio must be undue ie made without good cause. This means that there must be no obligation, legal or natural, to justify the transfer. (Where an agent makes a datio without a mandate he makes it sine causa. See Voet 12 6 8 and cf requirement 3 under the discussion of *Simms*. This means that payment made by a bank without mandate is made without good cause.)

4 The transfer must result in the passing of ownership otherwise the owner's proper remedy is the vindicatio not the condictio.

5 The transfer must occur as a result of a mistaken belief of fact, not law, that it was due. The mistake must be aut supina aut affectata. The exact meaning of these words is unclear. In *Rahim v Minister of Justice* 1964 4 SA 630 (A) the appellate division interpreted them as "excusable" thereby implying that the mistake could be negligent. McEwan J in *Barclays Bank International Ltd v African Diamond Exporters (Pty) Ltd* 1977 1 SA 298 (W) expressed the opinion (not disturbed in the subsequent appeal) that the negligence of the payer ought not to allow the payee to enrich himself at the payer's expense; negligence is merely evidence which might indicate that there was no mistake on the part of the payer but rather that he made payment intending the payee to receive it (cf requirement 2 under discussion of *Simms* and Voet 12 6 6 "If one who is aware has given what is not due . . . , he is understood to have made a donation" – Gane's translation). (See in general in regard to the condictio indebiti De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 2nd ed passim.)

It is submitted that, apart from the reference to consideration which is inapposite in the context of South African law, the requirements enunciated in *Simms* and those necessary to found a successful condictio indebiti are not disparate. They are compellingly similar. The requirement that the payee should give no consideration means simply that payment must not be due.

In the light of this discussion it is suggested that a condictio indebiti by V against J, the drawer, or S, the holder, would enjoy considerable possibility of success. That the mistake by the bank in *Simms* was not identical to that by V in *Johnson*, is irrelevant. Any mistake of fact suffices provided that it is not so grossly negligent as to lead to the conclusion that the bank paid the cheque intentionally or recklessly, without care for its instructions. In the circumstances it would not have been difficult to overlook the substitution of "only" for "bearer" which had been struck out. The mistake may have been negligent but it was excusable. Both J and S had been enriched at the expense of the bank which made payment unauthorisedly while mistakenly believing that it was authorised. It is submitted that all the essentials of liability are as apparent in *Johnson* as they were in *Simms*.

The message to the banks and their legal advisers is that *Volkskas Beperk v Johnson* did not deliver the coup de grace to their expectations that justice should be done. That justice was not done was the fault, not of the legal system, but of the plaintiff which failed to choose its proper remedy. An action on the cheque itself is not the only means of redress available to an injured party.

AE WARING
University of the Witwatersrand

VERVREEMDING VAN GOED SONDER TEENWAARDE INGEVOLGE ARTIKEL 26 VAN DIE INSOLVENSIEWET 24 VAN 1936 EN ONGELDIGE BORGSTELLINGSKONTRAKTE

Oogmerk

Die vraag of 'n vervreemding kragtens 'n ongeldige borgstellingskontrak ook 'n vervreemding van goed sonder teenwaarde soos bedoel in artikel 26 van die Insolvensiewet 24 van 1936 is, word deur ons handboekskrywers sonder kwalifikasie positief beantwoord met verwysing na die bekende Natalse beslissing in *Harcourt v Eastman* 1953 2 SA 424 (N). In hierdie bydrae word die genoemde vraag opnuut ondersoek en word die korrektheid van die handboekskrywers se standpunt bevraagteken.

Vervreemding van goed

Die Insolvensiewet 24 van 1936 maak in artikel 26(i) voorsiening vir die tot niet making deur die hof van 'n vervreemding van goed sonder teenwaarde deur 'n insolvent, indien daardie vervreemding die oorsaak van sy insolvensie is. Daar word voorbehoudend verder bepaal dat sodanige vervreemding slegs tot niet gemaak kan word in die mate waarin dit tot die toestand van insolvensie aanleiding gegee het.

In die woordomskrywingsartikel van die wet definieer die wetgewer "vervreemding" of "vervreem" onder meer as " 'n oordrag of afstand van regte op goed" en sluit ook " 'n verkoop, huur, verband, pand, lewering, betaling, kwytskelding, skikking, skenking of 'n kontrak . . ." in. In die toonaangewende *Langeberg Koöperasie Bpk v Inverdoorn Farming and Trading*

Company Ltd 1965 2 SA 597 (A) 601G–603F is beslis dat 'n borgstellingskontrak 'n "vervreemding van goed" soos bedoel in artikel 26 behels.

Die vraag is nou of daar met "vervreemding van *goed*" enige beperking geplaas word op die objek van vervreemding. Sou 'n borgstellingskontrak wat byvoorbeeld aan kontantgeld geknoop is binne die trefkrag van die artikel val of nie? Die woord "goed" word algemeen in die Insolvensiewet gebruik. Dit blyk byvoorbeeld uit artikels 29 en 33. Die woord "goed" word as "roerende goed of onroerende goed" omskryf en dit omvat volgens die omskrywing ook "voorwaardelike regte op goed met uitsondering van die voorwaardelike regte van 'n *fideikommissaire* (sic) erfgenaam of legataris." "Roerende goed" word dan negatief omskryf as "elke soort goed en elke reg wat nie onroerende goed is nie," en "onroerende goed" word omskryf as "grond en elke reg op grond of minerale wat geregistreer kan word in 'n kantoor in die Republiek wat bestem is vir die registrasie van grondtitels of die reg om te myn." Myns insiens is dit duidelik die bedoeling van die wetgewer om die wydste moontlike betekenis aan die woord "goed" te knoop, behoudens die kwalifikasies wat uitdruklik gestel word. Om 'n restriktiewe uitleg aan "goed" te gee, sou in stryd met die wetgewer se bedoeling wees. Kontantgeld is immers die mees gebruiklike vorm waarmee 'n vervreemding van goed bewerkstellig word en die uitsluiting daarvan sal die Insolvensiewet tot 'n groot hoogte oneffektief maak. Hierdie gevolgtrekking strook ook met die betekenis wat deur ons howe in hierdie gevalle aan "goed" geheg word. (Sien die beslissings in die teks van hierdie aantekening aangehaal.)

Sonder teenwaarde

Voordat artikel 26 toepassing vind, moet dit vasstaan dat die borgstelling 'n vervreemding van goed "sonder teenwaarde" is. Anders as wat die geval is met "vervreemding van goed," word daar in die wet geen indikasie gegee van wat met "teenwaarde" bedoel word nie. Die uitleg van die woorde "sonder teenwaarde" is dus 'n saak wat die uitlegger self moet uitmaak.

Ons howe het al dikwels voor die uitleg van "teenwaarde" te staan gekom (vgl *Estate Wege v Strauss* 1932 AD 246.) In die *Estate Wege*-beslissing laat die hof hom só oor die betekenis van "teenwaarde" uit (82):

> "What is meant by value? It certainly does not bear the same meaning as valuable consideration in English law. There is nothing in the Insolvency Act which would lead us to infer that the Legislature meant to give some technical meaning to the word 'value.' *It can therefore only mean value in the ordinary sense of the word*" (my beklemtoning).

In *Estate Jager v Whittaker* 1944 AD 246 word dié vraag ook bespreek (250):

> "The words 'disposition not made for value' mean, in their ordinary signification, a disposition for which no benefit or value is or has been received or promised as a *quid pro quo*."

Laastens kan verwys word na die manier waarop die hof in *Langeberg* hierbo die vraag na die betekenis van "teenwaarde" benader (604H–605A):

"... the question whether an insolvent has received value for a disposition of property is one which must be decided by reference to *all the circumstances under which the transaction was made*" (my beklemtoning).

Die oorheersende indruk wat deur hierdie beslissings gelaat word, is dat "teenwaarde" 'n begrip is wat met inagneming van billikheidsbeginsels verklaar moet word. Daar word geen streng tegniese betekenis aan die woord geknoop nie. Om te bepaal of 'n teenwaarde bestaan, word op al die omstandighede gelet waarin 'n transaksie plaasgevind het. Hierdie benadering is in ooreenstemming met die billikheidsgrondslag van artikel 26.

Ongeldige borgstellingskontrakte

'n Borgstellingskontrak is ingevolge artikel 6 van die Algemene Regswysigingswet 50 van 1956 onderhewig aan streng formaliteitsvereistes: die bepalings daarvan moet op skrif wees en onderteken wees deur of ten behoewe van die borg. Indien enige van hierdie formaliteite nie nagekom is nie, is die kontrak ongeldig.

Al ons handboekskrywers oor die insolvensiereg beskou betalings wat kragtens 'n ongeldige borgstellingskontrak gemaak is, sonder meer as vervreemdings van goed sonder teenwaarde (behoudens die aanname dat daar voldoen is aan die ander vanselfsprekende vereistes vir die toepassing van artikel 26) (Mars *The Law of Insolvency in South Africa* (1958) 202, Smith *The Law of Insolvency* (1973) 115 en Shrand *The Law and Practice of Insolvency, Winding-up of Companies and Judicial Management* (1977) 33). As gesag vir hierdie standpunt verwys hulle almal na die beslissing in *Harcourt* hierbo.

Die handboekskrywers se standpunt wyk natuurlik af van die betekenis wat tradisioneel aan "teenwaarde" geheg word, soos hierbo uiteengesit. Is die vervreemding kragtens 'n ongeldige borgstellingskontrak dan die één geval waar daar 'n tegniese betekenis aan "teenwaarde" geheg moet word en waar daar nie gelet moet word op al die omstandighede van die transaksie nie? Om die korrektheid van hierdie standpunt te toets, moet die beweerde gesag daarvoor ondersoek word.

Harcourt v Eastman

Respondent Eastman is die likwidateur van die maatskappy Margate Art Studio (Edms) Bpk. Moultrie, 'n direkteur van die maatskappy, het 'n persoonlike lening by appellant Harcourt aangegaan aan wie hy maatskappytjeks uitgereik het ter terugbetaling van die persoonlike lening (426H). Met die lening het Moultrie 'n dokument van skulderkenning onderteken en daarin het hy probeer om, as direkteur van die maatskappy, laasgenoemde ook as borg te verbind vir die behoorlike nakoming deur hom van sy verpligting. Die maatskappytjeks wat ter betaling van Moultrie se lening uitgereik is, het tot die insolvensie van die maatskappy bygedra en die likwidateur eis nou terugbetaling van Harcourt op grond van artikel 26. Namens Harcourt word onder andere betoog dat die betalings nie sonder teenwaarde gemaak was nie – teenwaarde bestaan na bewering daarin dat die wettige borgverpligting van die maatskappy teenoor Harcourt daarmee opgehef is (427G).

Die hof beskou egter die borgstellingskontrak in casu as ongeldig omdat Moultrie ultra vires sy volmag as direkteur opgetree het toe hy die maatskappy probeer bind het vir betaling van sy persoonlike skuld (428H). Die antwoord van die hof op hierdie argument van Harcourt is dat daar nie beweer kan word dat teenwaarde ten opsigte van elke betaling bestaan het in die opheffing van 'n geldige borgverpligting nie (429A).

Daarmee beslis die hof egter nie dat alle betalings kragtens ongeldige borgstellingskontrakte altyd op grond van die ongeldigheid van sulke kontrakte noodwendig ook vervreemdings van goed sonder teenwaarde is nie. Die hof gaan verder op al die omstandighede in. Dit blyk uit die feite dat Moultrie 'n lopende rekening in die boeke van die insolvente maatskappy gehad het. Die rekening was in krediet toe die eerste paar maatskappytjeks wat aan Harcourt uitgereik is, aan hierdie rekening gedebiteer is. Hieruit volg dat die teenwaarde wat die maatskappy ontvang het vir dié tjeks die pro tanto vermindering van Moultrie se krediet was. Hierdie teenwaarde het bestaan selfs waar die vervreemdings nie verpligtend was nie omdat dit op 'n ongeldige borgstellingskontrak gerus het (429G). Die hof beslis dan ook dat die eerste paar betalings nie tersyde gestel kan word as vervreemdings van goed sonder teenwaarde nie. Die res van die betalings wat voorgekom het nadat die Moultrie-rekening in debiet verval het, word wel om dié rede tersyde gestel (429G–H).

In die beslissing wyk die hof myns insiens nie af van die tradisionele houding oor die betekenis van "teenwaarde" nie: dit bly steeds 'n begrip van gewone algemene betekenis wat vasgestel moet word met verwysing na al die omstandighede. Die ongeldigheid van 'n borgstellingskontrak impliseer nie dat betalings wat daarkragtens gemaak is, noodwendig sonder teenwaarde is nie. Wel kan die stelling gemaak word dat daar nie in sodanige geval vir teenwaarde 'n beroep op die opheffing van 'n geldige borgverpligting gedoen kan word nie. Ander omstandighede buite die borgstellingskontrak om kan egter teenwaarde aandui: in hierdie geval was dit die opheffing van 'n wettige skuldverpligting tussen die insolvent en sy krediteur vir wie die insolvent borg gestaan het.

Ander gevalle is denkbaar: dit mag gebeur dat die borg by 'n leningskontrak self die leningskapitaal ingevolge 'n inter partes-reëling tussen die partye ontvang het. Indien die borg nou aan die uitlener betaal vir die lening en dit blyk dat die borgstellingskontrak ongeldig is, sal die kurator van die borg se boedel by gevolglike insolvensie nie kan beweer dat die insolvente boedel geen teenwaarde ontvang het nie. Daar word immers gelet op *al* die omstandighede van die geval, en hierdie omstandighede is beslis nie tot die borgstellingskontrak beperk nie!

Dit is my oorwoë mening dat dit verkeerd is om te beweer dat die *Harcourt*-beslissing gesag is vir die ongekwalifiseerde stelling dat betalings kragtens 'n ongeldige borgstellingskontrak altyd vervreemdings van goed sonder teenwaarde is. Moontlik het die misleidende kopstuk van die gerapporteerde beslissing aanleiding gegee tot hierdie foutiewe standpunt.

Ongeldigheid, onafdwingbaarheid en onwettigheid

In *Harcourt* is 'n ongeldige en daarom onafdwingbare borgstellings-

kontrak ter sprake. Maar dit gaan beslis nie om 'n *onwettige* ooreenkoms nie. Alle onwettige ooreenkomste is natuurlik ook ongeldig en onafdwingbaar maar alle ongeldige ooreenkomste is nie noodwendig ook onwettig (kriminneel) nie. Daarnaas kan waarskynlik nog 'n klas ooreenkomste onderskei word wat weliswaar geldig is maar tog nie afdwingbaar nie, byvoorbeeld weddenskapsooreenkomste. Die vraag is nou of die ongeldigheid, onwettigheid of suiwer onafdwingbaarheid van 'n ooreenkoms 'n invloed kan uitoefen op die teenwaardevraag by betalings daarkragtens.

In *Estate Wege* hierbo was die ooreenkoms waaroor dit gegaan het 'n (onafdwingbare) weddenskapsooreenkoms. Die hof stel die vraag of geld wat op 'n perdewedren verwed is, as 'n vervreemding van goed sonder teenwaarde beskou kan word. 'n Weddenskap, meen die hof, is nie van minder teenwaarde slegs omdat die teenwaarde daarvoor spekulatief is nie, en gaan voort (83):

> "Does the fact that a bet cannot be enforced in a Court of law make the promise to pay one of no value? The law does not regard a bet as a *turpis causa*: It is not an offence and there is no moral obloquy attached to betting on horseraces . . . In fact the law recognises that bets are freely made . . ."

En met goedkeuring word die woorde van die hof a quo aangehaal (83):

> "But then it is said that Wege got no value, for he could not enforce defendant's promise in a Court of law. I see no good reason for making value depend upon the existence of a legal sanction. There may be other sanctions which will secure just as effectively the carrying out of an obligation."

Die blote onafdwingbaarheid van 'n ooreenkoms raak dus nie die teenwaardevraag nie. Myns insiens raak die blote ongeldigheid van 'n ooreenkoms ook nie die teenwaardevraag nie. Die gesag hiervoor setel in *Harcourt* hierbo. Die ooreenkoms wat dáár die basis van vervreemdings gevorm het, is 'n ongeldige, onafdwingbare borgstellingskontrak.

Maar hoe beïnvloed die onwettigheid van 'n ooreenkoms die teenwaardevraag ten aansien van vervreemdings daarkragtens aangegaan? Die woord "onwettig" word hier in 'n besondere betekenis aangewend. 'n Ooreenkoms wat nie voldoen aan formaliteitsvereistes wat deur 'n wet gestel is nie, sal gewoonlik ongeldig wees en kan waarskynlik ook as "onwettig" aangemerk word. Die woord word hiér egter gereserveer vir die ooreenkoms wat onwettig is in die sin dat die "sluit" daarvan 'n strafbare feit daarstel. Sodanige ooreenkoms word nie slegs met die sanksie van ongeldigheid getref nie, maar daarby word 'n straf in die vorm van tronkstraf of geldboete voorgeskryf.

So 'n onwettige ooreenkoms is ter sprake in *Estate Jager* hierbo. Die insolvent het sy boedelbates vervreem kragtens 'n leningsooreenkoms wat strydig was met die Woekerwet 37 van 1926. Die hof verwys na *Estate Wege* hierbo waar beslis is dat 'n weddenskapsooreenkoms wel tot teenwaarde aanleiding kan gee hoewel sodanige ooreenkoms onafdwingbaar is. Die hof onderskei egter die *Estate Wege* beslissing van die geval waaroor beslis moet word (251–252):

> "No obligation of any sort to pay a higher rate of interest than that permitted by the Act can arise from a promise to pay a higher rate, and therefore it follows that

> such a promise is a mere nullity, and any payment of such a higher rate in pursuance of such promise is in effect a donation, or disposition not made for value, and is consequently liable to be set aside under sec 26 of the Insolvency Act. This view is not in conflict with the decision of this Court in the case of *Estate Wege v Strauss* because there are passages in the judgment in that case which indicate clearly that when the question arises whether payments made in pursuance of such contracts can be set aside under sec 26 of the Insolvency Act, a *distinction must be drawn between a contract which, though lawful, gives rise only to moral obligations unenforceable in a court of law and an illegal contract which gives rise to no obligations at all*" (my beklemtoning).

Dit lyk asof *Estate Jager* gesag daarvoor bied dat daar in die geval van die onwettige (strafbare) ooreenkoms ongekwalifiseerd verklaar kan word dat vervreemdings kragtens sodanige ooreenkoms altyd sonder teenwaarde is. Dit bly egter 'n vraag of teenwaarde nie selfs in só 'n geval kan setel in 'n omstandigheid wat verwyderd is van die onwettige ooreenkoms self nie. Dit is my mening dat die hof moontlik in *Estate Jager* te veel klem plaas op die vraag of daar 'n *verpligting* van die een of ander aard bestaan het (sien die aanhaling hierbo). Die kern by artikel 26 is immers die *teenwaardevraag*, wat beantwoord moet word met inagneming van al die omstandighede sonder enige tegniese beperkings. Omdat die hof in die betrokke beslissing nie gekonfronteer word met feite wat in die lig van al die omstandighede teenwaarde in iets buite die ooreenkoms self regverdig nie, kan daar myns insiens nie gesê word dat die hof die inagneming van só 'n moontlikheid uitsluit nie. "Teenwaarde" is eenmaal 'n billikheidsbegrip wat in sy gewone alledaagse betekenis beskou moet word.

CHJ BADENHORST
Die Randse Afrikaanse Universiteit

There is nearly always a certain difference between actual social behaviour and the behavior demanded by the legal norm; the existence of a certain 'tention' between actual behavior and legally desired behavior (and between legally required behavior and morally demanded behavior) belongs to the characteristics of law in all societies (Kelsen, 1945, 436–7) and does not by itself signify the existence of a lag between law and social change. A lag appears only when there is more than a certain tension, when the law does not in fact answer the needs arising from major social changes or when social behavior and the sense of obligation generally left towards legal norms significantly differs from the behavior required by law. In other words, while a certain difference between actual behavior and legally required behavior can be found in all societies, the concept of lag applies to law and social change in dynamic situations, after either social change or changes in the law occur and no parallel changes and adjustment processes take place in law or society respectively.
Yehezkel Dror "Law and Social Change" in Vilhelm Aubert (ed) Sociology of Law *(1969) 90.*

Vonnisse

BELFORD v BELFORD 1980 2 SA 843 (K), KRUGER v KRUGER 1980 3 SA 283 (O), ROUSALIS v ROUSALIS 1980 3 SA 446 (K)

Huweliksreg – Wet op Egskeiding 70 van 1979 – eerste beslissings

Hierdie drie beslissings is die eerstes oor die nuwe Wet op Egskeiding 70 van 1979 wat hulle verskyning in die hofverslae gemaak het. Hoewel kritiek op enkele punte moontlik is, blyk daar uit al drie 'n nugtere en verstandige benadering tot die veranderings wat die wet teweeggebring het. Dit gee mens rede tot vertroue in die toekoms van een van die mees ingrypende privaatregtelike hervormings wat nog by ons plaasgevind het.

Belford v Belford handel oor 'n kwessie van verbygaande aard, naamlik die oorgang tussen die ou en die nuwe bedeling. Ongelukkig, soos so dikwels die geval is, lewer juis hierdie aspek in die praktyk probleme op aangesien die wetgewer versuim het om 'n duidelike reëling neer te lê (vgl bv die meningsverskil oor die terugwerkendheid al dan nie van die 1976-wysiging van a 3 van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 in *Van Lear v Van Lear* 1979 3 SA 1162 (W) en *Dys v Dys* 1979 3 SA 1170 (O)). Ook die twee kommentare wat tot dusver oor die wet gepubliseer is, bied nie veel hulp nie. Barnard *Die Nuwe Egskeidingsreg* 102–103 behandel slegs die geval waar 'n eiser wat sy geding vóór 1 Julie 1979 ingestel het daarna vra om 'n wysiging van sy besonderhede van eis om onherstelbare verbrokkeling as alternatiewe egskeidingsgrond aan te voer. In die lig van artikel 15 van die wet voer hy aan dat so 'n wysiging ontoelaatbaar sou wees en dat 'n terugtrekking van die dagvaarding gevolg deur 'n nuwe aksie die enigste moontlikheid sou wees. Hahlo en Sinclair *The Reform of the South African Law of Divorce* verwys glad nie na moontlike oorgangsprobleme nie.

Mev Belford het op 3 Januarie 1979 'n aksie om geregtelike skeiding en onderhoud teen haar man ingestel, asook 'n aksie om skadevergoeding en genoegdoening teen haar owerspelige man se minnares. Op 30 Oktober 1979 begin mnr Belford met 'n aksie om egskeiding op grond van die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik, wat op 15 Januarie 1980 beantwoord word met 'n spesiale pleit van lis alibi pendens gebaseer op die bewering dat die twee aksies wesentlik met dieselfde vrae, te wete die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik en die redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding, gemoeid is. Regter Van den Heever se uitspraak handel oor 'n aansoek deur mnr Belford dat die verskillende aksies gekonsolideer word. Die aansoek word geweier omdat nòg billikheid nòg gerief nòg gesonde verstand 'n konsolidasie noodsaak (vgl deel II van die Eenvormige Hofreëls; Herbstein en Van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts in SA* 3e uitg 172–173 445–446). Die kern van die regter se uitspraak lui soos volg (846):

> "I am not persuaded that it would necessarily be convenient that the two actions be consolidated; where one is competent only because it was instituted before 1 July 1979 and the other only competent because it was instituted after that date; each is completely foreign to the system under which the other commenced; and the Legislature has

> deliberately preserved the wife's rights, whatever they may be worth. They may not have value for her for any length of time but, in the circumstances of the present case, I do not think the husband should be permitted to deny her, for all practical purposes, what the Legislature has seen fit so to preserve."

(Die verwysing na 'n behoud van regte deur die wetgewer het betrekking op a 15 van die wet, waarvolgens die wet nie van toepassing is op egskeidingsgedinge of verrigtinge vir die herstel van huweliksregte of vir geregtelike skeiding wat voor 1 Julie 1979 ingestel is nie – sien ook a 1(2)).

Die bevinding moet verwelkom word. Weliswaar was die regter gedwonge om die algemene beginsel wat in byvoorbeeld *Spijkerman v Spijkerman & Dippenaar* 1923 TPD 267 en *Eorfino v De Pretto* 1959 3 SA 787 (W) gestel is, naamlik dat huweliksgeskille in een en dieselfde geding besleg behoort te word, te verontagsaam, maar meer besondere omstandighede as 'n totale verandering van die grondslag van ons egskeidingsreg kan kwalik bedink word. Soos ek reeds elders aangetoon het (1979 *De Rebus* 633 639), sou daar 'n onhoudbare situasie ontstaan indien "bloedvermenging" tussen die ou en die nuwe bedeling toegelaat sou word. Dit is juis interessant dat mnr Belford die weg van 'n afsonderlike aksie onder die nuwe wet en 'n daaropvolgende aansoek om konsolidasie probeer bewandel het, en nie 'n teeneis gebaseer op die nuwe wet ingestel het nie. Moontlik het sy regsverteenwoordigers geoordeel dat 'n teeneis die gevaar geloop het om as 'n deel van die reeds ingestelde geding beskou te word en dus onder die ou bedeling behandel te word. Regter Van den Heever maak dit in elk geval duidelik dat die belang van die minnares in 'n vroeë beslegting van die aksie teen haar ook 'n belangrike rede vir die beslissing was. Dit is weliswaar ietwat ironies dat 'n afsonderlike egskeidingsaksie volgende op 'n moontlike kortstondige geregtelike skeiding blykbaar onvermydelik gemaak is juis deur 'n uitspraak waarin die regter 'n ernstige woord van vermaning oor die verspilling van koste in huweliksgeskille uitgespreek het, maar daar was duidelik geen ander manier om 'n ordelike oorgang tussen oud en nuut te verseker nie. Die feite van die geval laat mens ook met die voorgevoel dat die wetgewer se versuim om, gelyktydig met die invoering van 'n "skuldvrye" egskeidingsreg, weg te doen met die aksie teen owerspelige derdes, nog heelwat probleme gaan oplewer (sien ook Hahlo en Sinclair 7 31).

In *Kruger v Kruger* is die 76-jarige eiser in 1940 getroud, maar reeds tussen 1949 en 1951 het hy 'n verhouding met 'n ander vrou begin wat in 1953 uitgeloop het op die beëindiging van die samewoning tussen hom en sy vrou. In 1964 is op versoek van mev Kruger 'n geregtelike skeidingsbevel uitgereik, maar ten spyte van herhaalde versoeke deur haar man, het mev Kruger vanweë haar geloofsoortuigings 'n egskeiding geweier. Hoewel die verhouding met die "ander vrou" geblyk het 'n permanente een te wees, het die partye vriende gebly. In sy getuienis in die egskeidingsgeding onder die nuwe bedeling getuig die eiser dat hy nie na die verweerderes wil terugkeer nie, dat hy sy minnares liefhet en dat hy met laasgenoemde wil trou, hoewel hy die hoogste agting vir sy vrou se edelmoedige optrede het. In haar getuienis verklaar die verweerderes dat sy die eiser nog steeds bemin en dat sy nie die hoop op 'n versoening laat vaar het nie. Regter Brink bevind dat daar nog 'n besondere band tussen die partye bestaan, maar, gaan hy voort:

> "When the fact that the plaintiff has chosen to live apart from the defendant for almost 27 years and has said that he wishes to marry Mrs Heyward if an order of divorce is granted is, however, taken into account, it is quite clear that this bond does not, as far as the plaintiff is concerned, have its origin in the love and affection which persons, happily married, normally have for each other and cannot be regarded as something which binds the parties to each other in such a manner that it has prevented their marriage from reaching a state of com-

plete disintegration despite the many years of separation. The defendant's attitude towards marriage is praiseworthy. The manner in which she behaved towards the plaintiff shows that she does not refuse to divorce him out of spite but because of a genuine desire to have the marriage relationship between them restored. The marriage relationship can, however, only be restored with the co-operation of the plaintiff. And the plaintiff's adamant determination not to resume life with the defendant and the fact that he has lived with Mrs Heyward for almost 27 years constrain me to come to the conclusion that the marriage has broken down irretrievably . . ." (286).

Verskeie belangrike aspekte word direk en indirek deur die uitspraak toegelig. Eerstens is daar 'n drietal prosedurele kwessies. Regter Brink beslis uitdruklik dat dit onnodig is om die eiser se owerspel te kondoneer en dus by implikasie dat reël 18(8) van die Eenvormige Hofreëls stilswyend deur die 1979-wet herroep is. Hierdie bevinding sal allerweë verwelkom word, veral aangesien daar aanvanklik 'n neiging in sommige provinsiale afdelings was om vas te klou aan 'n vereiste wat in die nuwe bedeling niks anders as 'n anachronisme kon wees nie. Soos verskeie skrywers aangetoon het (Barnard 100; Hahlo en Sinclair 30–31; Van Wyk 635), het die "skoon hande"-vereiste van die ou skuldbenadering geen plek in ons nuwe egskeidingsreg nie. Daar word verder bevind dat ook 'n aansoek om tersydestelling van die geregtelike skeidingsbevel tussen die eggenote geen bestaansreg meer het nie. Hierdie vereiste van die ou reg het ontstaan uit die noodsaaklikheid om 'n botsing tussen 'n geregtelike skeidingsbevel en 'n bevel tot herstel van huweliksregte te vermy (vgl Hahlo *The SA Law of Husband and Wife* 4e uitg 405). Ná die afskaffing van herstelbevele deur artikel 14 van die nuwe wet het 'n aansoek om tersydestelling van 'n geregtelike skeidingsbevel dus sinloos geword (sien Van Wyk 636), soos dit tewens ook die geval by al die ander ou egskeidingsgronde was (Hahlo 336). Verder is daar geen kostebevel gegee nie en elke party moes dus sy eie koste dra. Die kwessie van kostebevele is uiteraard van groot belang vir praktisyns en daar was blykbaar 'n mate van ongerustheid oor hoe die howe artikel 10 van die wet sou benader (sien bv Daniels 1979 *De Rebus* 513). Die sleutelvraag is klaarblyklik wat alles inbegrepe is onder die frase "hulle gedrag vir sover dit ter sake is" in artikel 10. Hahlo en Sinclair 54 noem drie moontlikhede, naamlik die partye se gedrag tydens die huwelik, hulle gedrag na die beëindiging van die samewoning tussen hulle, en hulle gedrag tydens die verloop van die geding, maar is onwillig om 'n raaiskoot te waag. Barnard 98 voel dat dit hoofsaaklik sal gaan om die wyse waarop die geding gevoer is, terwyl Nathan 1979 *De Rebus* 675 blykbaar aanneem dat die klem op die partye se gedrag tydens die huwelik gaan val. Te oordele na die onderhawige uitspraak was Barnard die naaste aan die kol. Uit die terloopse gegewens oor hierdie aspek lyk dit asof albei partye finansieel in staat was om hulle eie koste te dra. Die eiser se gedrag was egter ongetwyfeld verantwoordelik vir die ineenstorting van die huwelik en daar is geen sprake van enige blaam aan die verweerderes se kant nie. Dit lyk dus asof slegs die partye se gedrag ten opsigte van die gedingvoering in ag geneem is en dat die weiering van 'n kostebevel die uitgangspunt van die nuwe bedeling mag word. Nathan 676 se stelling dat daar in die geval waar die partye gelyke vermoëns het maar die een deur sy gedrag wesentlik vir die verbrokkeling van die huwelik verantwoordelik was, 'n kostebevel teen laasgenoemde gegee sal word, kan gevolglik bevraagteken word.

Tweedens word daar in die uitspraak lig gewerp op 'n aantal materiële regspunte. Hoewel die geykte frase "consorium omnis vitae" nêrens in die uitspraak gebruik word nie, behoort dit uit die hierbo aangehaalde dictum duidelik te wees dat hierdie begrip inderdaad 'n sleutelplek in die nuwe bedeling gaan inneem (sien in die algemeen daaroor Church 1979 *THRHR* 376). Dit is

in ooreenstemming met die verwagting van al die skrywers oor die nuwe wet (sien Barnard 19–22; Hahlo en Sinclair 24; Van Wyk 635), en in hierdie opsig het die uitspraak geen verrassing gebring nie. Die hof het bevind dat daar, objektief gekyk, geen nakoming meer is van die "duties of cohabitation, loyalty, fidelity, mutual assistance and support" (Hahlo 110) wat uit die "consortium omnis vitae" voortvloei nie en dat daar vanweë die eiser se houding geen redelike vooruitsig op die herstel van sodanige consortium is nie. 'n Egskeidingsbevel is dus uitgereik. Regter Brink vind dit onnodig om 'n bevinding te maak oor die omstrede vraag of die woordjie "kan" ("may") in artikels 3 en 4 aan die hof 'n diskresie gee om 'n egskeidingsbevel te weier selfs al is die vereiste bewys van onherstelbare verbrokkeling gelewer. Die feite van die geval bied egter 'n goeie voorbeeld van die onwenslikheid van die diskresionêre uitleg wat deur Barnard 25 ev aanvaar word. Die diskresionêre uitleg se inlees van 'n "Härteklausel" op die Duitse en ander buitelandse lese lei nie alleen tot regsonsekerheid nie, maar is ook strydig met die wese van die nuwe bedeling (sien Hahlo en Sinclair 16–21; Van Wyk 636–637). Mnr en Mev Kruger se huwelik was dood en hoewel alle egskeidingsbevele 'n mate van ontbering vir een of albei eggenote tot gevolg het, sou die instandhouding van hulle huwelik kwalik die openbare belang dien. Die uitspraak is verder 'n goeie voorbeeld van die subjektiewe element wat daar ongetwyfeld ook in die begrip "onherstelbare verbrokkeling" aanwesig is. Mnr Kruger het volhard in sy eensydige bewering dat die huwelik *wat hom betref* verby is, en die gevolgtrekking van onherstelbare verbrokkeling was dus eintlik onvermydelik (sien Van Wyk 635). Dit kan natuurlik die vrees aanwakker dat die nuwe wet die deur vir egskeiding deur eensydige repudiering oopgemaak het, maar soos Hahlo en Sinclair 35 tereg aantoon, is daar 'n reële verskil tussen onherstelbare verbrokkeling bewys deur 'n eensydige verklaring van een van die eggenote en eensydige repudiëring. By eersgenoemde moet die hof oortuig wees van die egtheid van die verklaring en ook van die onherstelbaarheid van die huwelik, terwyl dié oorwegings by laasgenoemde irrelevant is. Laastens lyk dit asof Hahlo en Sinclair 32 miskien gelyk mag hê in hulle siening dat steun op die drie "riglyne" vir onherstelbare verbrokkeling in artikel 4(2) moontlik die uitsondering eerder as die reël gaan wees en dat die vrese (bv Barnard 47; Van Wyk 636) dat die riglyne mag "verhard" tot die enigste erkende norme vir die vasstelling van verbrokkeling ongegrond mag blyk. Regter Brink verontagsaam uitdruklik die niesamewoning van die partye sedert die uitreiking van die geregtelike skeidingsbevel en baseer sy bevinding van onherstelbare verbrokkeling op die algemene kriterium in artikel 4(1).

Ook een van die gevolge van 'n egskeidingsbevel, naamlik die moontlike uitreiking van 'n onderhoudsbevel ten gunste van 'n gewese eggenoot, het ter sprake gekom. 'n Versoek dat die eiser gelas word om die nominale bedrag van R2 per maand aan die verweerderes te betaal ten einde 'n moontlike toekomstige aanspraak deur haar te beveilig, is van die hand gewys aangesien daar geen huidige behoefte en ook geen bewys van 'n moontlike toekomstige behoefte aan haar kant was nie. Die hof het klaarblyklik aangeneem dat artikel 7(2) van die nuwe wet in hierdie verband identies aan die herroepe artikel 10(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede van 1953 is en dat 'n toekenning van "simboliese onderhoud" nodig sou gewees het om 'n toekomstige onderhoudseis te behou aangesien 'n onderhoudsbevel slegs saam met die egskeidingsbevel uitgereik kan word (sien bv *Lincesso v Lincesso* 1966 1 SA 747 (W); *Zeeman v Zeeman* 1979 2 SA 223 (K)). Barnard 96 deel hierdie aanname, wat heel waarskynlik ook deur ander howe gemaak sal word, maar daar moet tog daarop gewys word dat die basis daarvoor, in die lig van die bewoording van artikel 7(2) van die

nuwe wet, ietwat minder stewig is as voorheen (sien Hahlo en Sinclair 44–45; Van Wyk 637–638).

Regter Van den Heever was weer eens aan die woord in *Rousalis v Rousalis*. Die eiseres het haar man, wat in Griekeland woonagtig en gedomisilieer is, gedagvaar vir 'n egskeiding en ook verbandhoudende regshulp gevra. Die uitreiking var 'n egskeidingsbevel lewer geen probleme nie, maar die ander aangevraagde regshulp wel. Die eiseres maak eerstens namens haarself en die partye se minderjarige kind aanspraak op twee derdes van die bates van 'n beweerde vennootskap tussen haar en haar man, welke bates deur 'n ontbindingsooreenkoms in drie gelyke dele tussen die partye en hulle kind verdeel sou gewees het. Die regter bevind dat hierdie geskil nie tuisgebring kan word onder die jurisdiksie wat artikel 2 van die Wet op Egskeiding aan Suid-Afrikaanse howe verleen nie:

> "Our Courts cannot assume jurisdiction over foreign nationals in foreign countries and pronounce judgments sounding in money whether in contract or in delict merely because we have assumed jurisdiction under this statute to pronounce upon the status of a limited class of reasonably permanent residents in our own territory" (449).

In verband met die verdere eis om 'n onderhoudsbevel ten gunste van die eiseres word bevind dat artikel 2(1) van die wet, gelees met artikel 1(1)(i), blykbaar ons howe se jurisdiksie ten opsigte van onderhouds- en kostebevele uitgebrei het deur ook regshulp wat in verband met 'n egskeidingsbevel staan in te sluit by die verbrede jurisdiksie verleen deur artikel 2(1) (vgl a 2 van die herroepe Wet op Regsbevoegdheid in Matrimoniële Regsake 22 van 1939; Hahlo 567–568; Hahlo en Sinclair 10). Geen onderhoudsbevel word egter gegee nie aangesien die eiseres vanweë die verwerping van haar eis gebaseer op 'n vennootskapsooreenkoms moontlik 'n hoër bedrag aan onderhoud sou wil vra. Die hof is naamlik die mening toegedaan dat 'n vrou wat buite gemeenskap van goedere getroud is en haar man aktief in die vergroting van sy boedel bygestaan het, ingevolge die nuwe benadering van artikel 7(2) op heelwat meer onderhoud aanspraak kan maak as 'n vrou "who did no more for a few years than share his bed and keep his house" (450).

Laasgenoemde siening van die hof is ietwat verrassend en die bruikbaarheid daarvan as 'n algemene riglyn kan bevraagteken word. Die moderne tendens (veral oorsee, maar ook hier te lande – sien Hahlo en Sinclair 47–48) is juis om minder rojaal met die toestaan van onderhoud aan handige vrouens met eie opleiding of vernuf te wees, en meer vrygewig teenoor die "gewone huisvrou" sonder kundigheid. Artikel 7(2) noem dan ook die partye se verdienvermoëns uitdruklik as een van die faktore wat in hierdie verband in ag geneem moet word. As beweerde vennoot (of in elk geval helpster) in 'n bou- en vervoeronderneming was mev Rousalis klaarblyklik nie sonder ekonomies benutbare talente nie. Die vraag ontstaan dus of die hof, ten spyte van die korrekte bevinding dat 'n verbeurdverklaring kragtens artikel 9 nie 'n toekenning van 'n deel van die man se bates aan sy vrou magtig nie, nie tog dieselfde effek deur middel van 'n verhoogde onderhoudstoekenning probeer bereik nie. So 'n effense geweldaandoening van artikel 7(2) vanweë die besondere feite van 'n geval was in elk geval onnodig: vir sover ons howe jurisdiksie in die aangeleentheid het, was mnr Rousalis die alleeneienaar van bates ter waarde van meer as R400 000 en hierdie aansienlike "bestaande vermoëns" (a 7(2)) sou, saam met die ander feite van die geval, sekerlik 'n stewige onderhoudstoekenning aan mev Rousalis regverdig. Weliswaar noem die regter die duur van die betrokke huwelik uitdruklik as 'n belangrike faktor in hierdie verband, maar selfs met dit in ag genome, sou die algemene aanvaarding van die kern van haar dictum in die normale, nie-ekstreme, geval daarop neerkom dat die huisvrou vir haar

"gewoonheid" gepenaliseer word. Vir so 'n vrou sal 'n huwelik buite gemeenskap van goedere 'n nog slegter proposisie word.

AH VAN WYK
Universiteit van Stellenbosch

BENNETT v MINISTER OF POLICE 1980 3 SA 24 (K)

Aanranding – actio iniuriarum – aksie weens pyn en lyding – provokasie by – contumelia

Die aksie vir vergoeding in hierdie saak spruit uit liggaamlike beserings en die iniuria wat die eiser (Bennett) opgedoen het toe hy hom tydens 'n arrestasie verset het en 'n konstabel (tweede verweerder) geweld gebruik het om hom onder bedwang te bring. Die hof bevind (31A–G) dat alhoewel die tweede verweerder (Kruger) regtens bevoeg was om die eiser te arresteer, hy van "excessive and unnecessary" geweld gebruik gemaak het om dié doel te bereik. Gevolglik het hy die perke van sy verweer oorskry en word die eis toegestaan.

Enkele aspekte van die beslissing verdien nadere beskouing.

1 Die verweerder het aangevoer dat sy gewelddadige optrede verskoon word weens die eiser se beweerde provokasie. Hieroor laat regter Baker hom soos volg uit (31G–32A):

> "The so-called provocation was not proved. The words 'Jy kan fokall aan my doen' are not, in my opinion, provocative. They may be regarded as a trifle uncouth, but no policeman of 12 years service can convincingly argue that such words can injure his susceptibilities or are sufficient to provoke him to acts of violence. I reject this defence without hesitation as being unfounded in law in the present circumstances. Even were the words used by Bennett to be regarded as provocation, being mere verbal provocation they cannot justify this assault upon him . . . Had Bennett first attacked Kruger the position would have been different, for a physical assault by one person may in a proper case result in retaliation by the person assaulted coupled with a finding by a court of law that the original aggressor 'got what he was asking for' and is not entitled to any damages at all, provided the retaliation is in proportion to the provocation . . . But that is not the case here."

Uit hierdie dictum blyk die volgende. Eerstens kom provokasie as 'n volkome verweer (dit wil sê waar die provokasie tot gevolg het dat die benadeelde sy reg verbeur om enige vergoeding te verhaal) nie te pas waar die aanranding of liggaamsaantasting op provokatiewe *woorde* gevolg het nie (sien ook Voet 4 8 8 9; *Blou v Rose-Innes* 1914 TPD 102; *Edwards v Steward* 1917 TPD 159 162; *Bantjes v Rosenberg* 1957 2 SA 118 (T); *Wallace v Hill and Scheniman* (1828) 1 Menz 347; *Keyzer v Marais* (1910) 20 CTR 839; vgl egter *Parker v Scott* (1894) 15 NLR 218 219 en *Saget v Bataillou* (1868) 1 Buch 32). Sodanige provokasie kan nietemin tot 'n vermindering van die genoegdoeningsbedrag aanleiding gee (die *Blou*-saak supra 104–105; die *Keyzer*-saak supra). Let egter daarop dat indien die aanranding in hierdie omstandighede aan die vereistes vir noodweer voldoen, dit natuurlik regmatig is (*R v Van Vuuren* 1961 3 SA 305 (OK) veral 307–308).

Tweedens kan provokasie as 'n volkome verweer wel slaag indien die aanranding op 'n provokatiewe *liggaamsaantasting* gevolg het (sien ook *Powell v Jonker* 1959 4 SA 443 (T); *Dzvairo v Modoti* 1973 3 SA 287 (RA); *Mordt v Smith* 1968 4 SA 750 (RA); *Mulvullha v Steenkamp* 1917 CPD 571; *Jordaan v Blomeris* 1928 GWL 56), maar dan slegs indien aan twee kwalifikasies voldoen word. Enersyds moet die provokatiewe optrede self sodanig van aard wees dat 'n reaksie daarop deur middel van 'n

daaropvolgende aanranding redelik is en daarom verskoon word. Of dit die geval is, word met inagneming van al die omringende omstandighede objektief beoordeel (vgl die beslissings in die *Jordaan*-saak supra; die *Parker*-saak supra en *Thomson v Harding* 1914 CPD 32). Amerasinghe 1967 *SALJ* 72 verklaar met verwysing na hierdie sake:

> "It would seem to be implied in these cases that the court must decide on an objective test whether in all the circumstances of the case a reasonable man in the position of the defendant would have been provoked by the unlawful act of the plaintiff to retaliate with an assault. In other words, the question is not merely whether the defendant as an individual was in fact provoked by the plaintiff's action."

In casu vra regter Baker ook nie of die verweerder self inderdaad deur die eiser se optrede geprovokeer is nie, maar of 'n konstabel met 12-jaar ondervinding deur die gewraakte optrede geprovokeer sou gewees het – dus 'n objektiewe toets. Die objektiewe beoordeling van die provokatiewe optrede beteken myns insiens egter nie dat die verweerder se subjektiewe geestesgesteldheid (woede, toorn, drif) altyd irrelevant is nie. Heftige gemoedsbewegings wat 'n persoon in toorn ondervind, kan naamlik van so 'n aard wees dat dit hom ontoerekeningsvatbaar maak (sien Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1976) 112).

Andersyds moet die optrede van die persoon wat geprovokeer is in verhouding tot die provokasie self wees. Die retortio of weerwraakhandeling moet dus, objektief beoordeel, redelik wees (sien ook die *Powell*-saak supra 445; die *Mulvullha*-saak supra 573; die *Jordaan*-saak supra 60; die *Mordt*-saak supra en die *Dzvairo*-saak supra). Volgens die *Powell*-saak (supra 445) beteken redelik hier "that the physical assault by the second person is not out of proportion in its nature and degree to the assault by the first aggressor."

In die lig van die objektiewe beoordeling van sowel die provokatiewe optrede self as die handeling in retortio deur die regspraak kom dit ietwat eienaardig voor dat Suid-Afrikaanse gewysdes, in teenstelling met Rhodesiese beslissings, nie provokasie as 'n regverdigingsgrond beskou nie (vgl die *Powell*-saak supra 444–445; *R v Itumeling* 1932 OPD 10 11 en *Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK) 301 met die *Dzvairo*-saak supra 288 en die *Mordt*-saak supra 751). Trouens, in die *Powell*-saak supra 444–445 verklaar regter Williamson onomwonde: "Provocation can, in my view, never 'justify' an assault in the sense that it can make the assault lawful." Myns insiens behoort provokasie in die onderhawige gevalle wel as 'n regverdigingsgrond te geld. Die objektiewe beoordeling van die provokasie en die weerwraakhandeling, en bygevolg die objektiewe afweging van die belange van die onderskeie partye, noop sodanige beskouing. Bowendien, "[i]f provocation can deprive a plaintiff of his right to damages, it is illogical to insist that the defendant's conduct remained wrongful. The extinction of the plaintiff's right to damages clearly indicates that the defendant acted in circumstances which justified his conduct" (Van der Walt *Delict: Principles and Cases* (1979) 50 vn 7).

Ten slotte moet daarop gelet word dat indien die provokasie nie ernstig genoeg was om die teen-liggaamsaantasting te verskoon nie, of indien die handeling in retortio onredelik was, die provokasie nogtans tot 'n vermindering van die genoegdoeningsbedrag kan lei (sien in die algemeen my bespreking in *Persoonlikheidsreg* (1979) 107 108; Van der Walt 49).

2 Regter Baker stel die vereistes vir die actio iniuriarum korrek as (35F) "an impairment of [the] personality" en animus iniuriandi. Uit sy uitspraak (34 e v) blyk ook dat hy die begrip contumelia tereg as sinoniem vir iniuria gebruik. Hy beperk egter die betekenis van contumelia tot "humiliation," "insult" of krenking van die "dignity" (eergevoel) (34A–F). Hierdie beperkende

betekenis is myns insiens vatbaar vir kritiek (sien in die algemeen my bespreking in *Persoonlikheidsreg* 59–60 64–65 67–68). In *D* 47 10 1 pr word iniuria as 'n selfstandige delik aan contumelia gelykgestel. ("Specialiter autem iniuria dicitur contumelia.") Indien contumelia nou as sinoniem vir eerskending gebruik word, beteken dit dat belediging 'n element van elke iniuria is – 'n beskouing wat selfs weerklank in die appèlhof vind (*Matthews v Young* 1922 AD 492 503). Vir hierdie betekenis is daar egter geen regverdiging in die bronne te vind nie. Bowendien sal sodanige beskouing tot gevolg hê dat die hele sin van 'n onderskeid tussen verskillende aspekte van die persoonlikheid verdwyn. Daarom verwerp waarnemende regter Watermeyer in *O'Keefe v Argus Printing and Publishing Co Ltd* 1954 3 SA 244 (K) 248 dan ook, in navolging van *Foulds v Smith* 1950 1 SA 1 (A) 11, tereg die opvatting dat contumelia in die sin van "insult" die "essence of an *injuria*" is.

Contumelia beteken bloot optrede waardeur iemand se persoonlikheid (of persoonlikheidsregte opsetlik geminag of gekrenk word (*Persoonlikheidsreg* 59–60). Daarom stel die bewuste minagting nie net van die eergevoel nie, maar ook van ander persoonlikheidsgoedere soos die liggaam en die privaatheid contumelia daar. In casu was die actio iniuriarum dus bloot op grond van die aanranding tot beskikking van die eiser sonder dat daar ook van belediging sprake hoef te gewees het. Iedere opsetlike aantasting van die liggaam is per se 'n iniuria (sien ook Amerasinghe 1967 *SALJ* 60–62). Aanranding hoef natuurlik hoegenaamd nie met eerskending gepaard te gaan nie (sien *Radebe v Hough* 1949 1 SA 380 (A) 384–385). Op hierdie waarheid wys regter Baker ook (37E–F):

> "The fact is that *not* all assaults necessarily involve *contumelia* [in die sin van belediging]. It depends on the circumstances. A policeman who unlawfully shoots a person does not normally impair that person's dignity; a robber who stabs his victim does not normally insult the victim by so doing."

Aan die ander kant beteken dit nie dat liggaamsaantasting en belediging nie hand aan hand kan gaan nie. Sodanige gevalle kom, soos in die onderhawige geval, heel dikwels voor (*Persoonlikheidsreg* 86–87). Mens moet net goed voor oë hou dat twee afsonderlike persoonlikheidsaspekte hier op die spel is, naamlik die liggaam en die eergevoel.

Laastens moet gewys word op twee belangrike aspekte rakende die pleitstukke. Die eerste is dat 'n persoon wat genoegdoening met die actio iniuriarum op grond van eerskending wil verhaal, uitdruklik moet beweer dat hy as gevolg van die gewraakte optrede beledig gevoel het (37A–E; vgl ook *R v J* 1953 3 SA 494 (OK)). Regter Baker het in casu desnieteenstaande genoegdoening onder hierdie hoof vir "*contumelia* objectively regarded" (37F) toegestaan. Die tweede is dat alhoewel 'n uitdruklike bewering van animus iniuriandi normaalweg by die actio iniuriarum noodsaaklik is, sodanige bewering onnodig is "where the alleged *injuria* is obviously an infringement of personality, or where the facts pleaded allow of an inference of *animus injuriandi*" (*Jackson v NICRO* 1976 3 SA 1 (A) 13; sien ook die *Foulds*-saak supra 11 en in die algemeen in casu 34D–35C).

3 Regter Baker (34C 35C–36H) is klaarblyklik van mening dat "general damages" vir fisiese beserings met die actio legis Aquiliae verhaal word (vgl ook *Boswell v Minister of Police* 1978 3 SA 268 (OK) 275). Vir sover daar in die onderhawige geval nie sprake van vermoënskade (soos mediese koste) is nie en die Aquiliese aksie juis slegs gerig word op die verhaal van skadevergoeding vir vermoënskade, is sy beskouing verkeerd. Die appèlhof het naamlik in *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A) 776 uitdruklik daarop gewys dat vergoeding weens skok, pyn en lyding wat voortspruit uit 'n aantasting van die reg op die fisiese integriteit verhaal word "met die besondere aksie wat in die Romeins-Hollandse reg, onder invloed

van die Germaanse gebruiksreg, ontwikkel het" (sien ook *Persoonlikheidsreg* 95 vn 10). In casu was daar dus wel twee aksies ter sprake, maar dan die aksie weens pyn en lyding en die actio iniuriarum. Met eersgenoemde word *kompensasie* weens die liggaamlike beserings verhaal en met laasgenoemde *genoegdoening* weens die iniuria ten aansien van sowel die liggaam (aanranding) as die eergevoel (belediging). In die praktyk word die aksies gewoonlik nie by name genoem nie. Maar dit beteken nie dat die verskil tussen die vereistes en funksie van die twee aksies ook verdwyn het nie (vgl in die algemeen Visser *Kompensasie en Genoegdoening volgens die Aksie weens Pyn en Leed* proefskrif Unisa (1980) veral 376–377).

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

PROK AFRICA (PTY) LTD v NTH (PTY) LTD 1980 3 SA 687 (W)

Onregmatige mededinging – oneerlike gebruik van vertroulike inligting – Aquiliese aanspreeklikheid

In hierdie saak het die vraag ter sprake gekom of A, 'n mededinger van B, locus standi het om teen B op te tree weens B se oneerlike verkryging en gebruikmaking van vertroulike inligting van A in omstandighede waar A nie die eienaar van die inligting is nie, maar dit as "a temporary exclusive licensee" van die eienaar benut.

Waarnemende regter Goldstone wys daarop (696B–E) dat die oneerlike benutting van vertroulike inligting reeds as 'n besondere verskyningsvorm van onregmatige mededinging in ons reg uitgekristalliseer het. Die relevante remedie is die Aquiliese aksie en nie die Engelsregtelike "action for breach of trust or confidence" nie. In hierdie verband handel Suid-Afrikaanse gewysdes tot dusver slegs met die eienaar van die vertroulike inligting as benadeelde. Dit beteken volgens die regter egter nie dat die actio legis Aquiliae uitsluitlik tot beskikking van die *eienaar* is nie. Hy verduidelik (696F–697A):

> "In principle I can see no reason for limiting the scope of this type of action by conferring it only upon the owner of confidential information. The wrong upon which the cause of action is founded and for which the remedy lies is not an invasion of rights of property: the *Dun and Bradstreet* (*Pty*) *Ltd* case *supra* at 215F–216A. The wrong is the unlawful infringement of a competitor's right to be protected from unlawful competition: *Geary & Son* (*Pty*) *Ltd v Gove* 1964 (1) SA 434 (A) at 440–1. As Corbett J remarked in the *Dun and Bradstreet* case (at 218H–219A):
> 'Fairness and honesty are themselves somewhat vague and elastic terms but, while they may not provide a scientific or indeed infallible guide in all cases to the limits of lawful competition, they are relevant criteria which have been used in the past and which, in my view, may be used in the future in the development of the law relating to competition in trade.'
> If A is in lawful possession of the confidential information of B and such possession was obtained by A to further his own business interests, it would be a wrong committed against A for C, a trade rival of A, to obtain that information by dishonest means from A for the purpose of using it to the detriment of the business of A. That it might also be a wrong committed against B is another matter. Once there is dishonest conduct of the type just posited and loss or damage suffered thereby to the person against whom the wrong has been committed, it seems to me that the requisites for Aquilian liability are present."

Gevolglik besluit regter Goldstone

dat die regmatige benutter van vertroulike inligting van 'n ander in die onderhawige omstandighede wel locus standi het.

In beginsel kan met die uitspraak saamgestem word. Enkele aspekte daarvan verdien nietemin nadere toeligting.

In eerste instansie kan nou met redelike sekerheid aanvaar word dat die "action for breach of trust or confidence" nie deel van ons reg is nie, in elk geval nie op die gebied van onregmatige mededinging nie. Positiefregtelik skyn die meerderheid beslissings hierdie beskouing te handhaaf (sien in casu 695F–696B; *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 1 SA 209 (K) 221–222; *Stellenbosch Wine Trust v Oude Meester Group Ltd* 1972 3 SA 152 (K) 160–161; vgl hierteenoor *Harvey Tiling Co (Pty) Ltd v Rodomac (Pty) Ltd* 1977 1 SA 316 (T) 323–324; *Goodman v Van Moltke* 1938 CPD 153 – in hierdie vonnis was die partye egter nie mededingers nie). Hoe dit ook al sy, die *grondslag* van hierdie "broad principle of equity" moet bowendien bevraagteken word. In die Engelse reg word die grondslag van die "action for breach of trust or confidence" enersyds as kontraktueel gesien waar daar inderdaad 'n kontraktuele nexus uitdruklik of stilswyend, tot stand gekom het. Andersyds, waar dié nexus ontbreek, is die aksie suiwer op beginsels van "equity" gegrond. In so 'n geval word die kontraktuele nexus gewoonlik gefingeer (vgl my bespreking in *Persoonlikheidsreg* (1979) 38). 'n Mens mag egter nooit met fiksies tevrede wees nie aangesien die ware grondslag van aanspreeklikheid op dié wyse verdoesel word. As gevra word wat agter die fiksie skuil, wat deur die fiksie op die terrein van onregmatige mededinging gedek word, kan mens veilig aanneem: die reg op werfkrag van die benadeelde mededinger (sien Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 133 ev vir 'n omskrywing van hierdie reg). Hierdie benadering blyk trouens uit die regspraak. In die *Dun*-saak supra 221 verklaar regter Corbett onomwonde dat "the conduct of the trader misappropriating the information would amount to an *infringement of the rights of the compiler thereof to carry on his trade and attract custom* without unlawful interference from competitors; and the damage suffered would normally consist of the loss of customers or potential customers who have been induced by such conduct to deal with his competitor rather than with the compiler himself" (my kursivering). Ook in casu (696G) is die regter van mening dat "the competitor's right to be protected from unlawful competition" by vertroulikheidskending in die gedrang kom. (Terloops kan opgemerk word dat hierdie omskrywing van die reg wat by onregmatige mededinging aangetas word, gebrekkig is vir sover dit nalaat om ook die *objek* van die reg (werfkrag) by te bring.) Hierdie beskouing lei weer noodwendig tot die slotsom dat aangesien onregmatigheid vir doeleindes van die Suid-Afrikaanse delikte-reg basies in die skending van 'n subjektiewe reg geleë is (*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T) 387), skending van die reg op werfkrag deur die oneerlike benutting van vertroulike inligting van 'n mededinger in beginsel hetsy die interdik, hetsy die actio legis Aquiliae, fundeer. Ook hierdie opvatting is nou gevestigde reg (sien in casu 696B; die *Dun*-saak supra; die *Stellenbosch Wine Trust*-saak supra). Uit bostaande blyk duidelik dat 'n beroep op "breach of trust or confidence" in ons reg (soos in die *Harvey Tilling*-saak supra) hoegenaamd nie nodig of wenslik is nie, en dat dié Engelsregtelike beïnvloeding bygevolg (soos in casu) uit ons reg geweer behoort te word.

In die tweede plek beklemtoon regter Goldstone (696G–H 697G–698A) dat die grense van die reg op werfkrag (of die "right to attract custom" – *Geary and Son (Pty) Ltd v Gove* 1964 1 SA 434 (A) 440–441) omlyn word met verwysing na die maatstaf van *eerlikheid* en *billikheid* in handel en mededinging. Hierdie maatstaf is oënskynlik die eerste keer toegepas in *Combrinck v De Kock* (1887)

5 SC 405 409 vanwaar dit deur hoofregter Steyn in die *Geary*-saak supra 441 oorgeneem is. In die *Stellenbosch Wine Trust*-saak supra 161–162 laat regter Diemont hom soos volg oor hierdie maatstaf uit:

> "It must be conceded that these phrases, fairness in competition and honesty in trade, have an old-fashioned ring about them which may cause the cynic in business to smile, but it is right that the Courts should have regard to and emphasise these virtues. Moreover the phrases are somewhat elastic, as difficult to apply in some cases as the concept of the reasonable man is difficult to apply. Nevertheless, if our law is to develop and is to offer the commercial man protection from unlawful interference in his business, the Courts will not disregard the words fairness and honesty.
> A trader who makes fraudulent misrepresentations about his own business to the detriment of his rivals' business is guilty of unlawful interference. So also a trader who passes off his goods as being those of a competitor, or makes injurious false statements concerning his competitors' business. In each case the interference is unlawful and actionable; and in each case the conduct is unfair or dishonest. I have no doubt that the trader who filches information from a competitor, information which he knows to be secret and confidential, and which has been developed by the competitor's skill and industry, is acting unfairly and dishonestly if he uses the information for his own profit and to the detriment of his rival." (Vgl ook die opmerkings van regter Corbett in die *Dun*-saak supra 218–219.)

Van Heerden (168 ev) skyn 'n eiesoortige benadering in hierdie verband te volg. Volgens hom bepaal die sogenaamde *mededingingsprinsiep* die perke van die reg op werfkrag. Dié prinsiep hou in dat die mededinger wat die beste en/of billikste prestasie lewer, die oorwinning moet behaal terwyl die een wat die swakste prestasie bied, die neerlaag moet ly. Prestasiemededinging moet dus die deurslag gee by die vraag na die regmatigheid al dan nie van die optrede van een mededinger teenoor 'n ander. Handelinge wat nie op die *meriete van die prestasie* van die dader berus nie, word dienooreenkomstig in beginsel as onregmatig beoordeel.

Myns insiens is die mededingingsprinsiep en die maatstaf van eerlikheid en billikheid in mededinging voëls van enerse vere. Mededingingshandelinge wat nie op die meriete van die prestasie berus nie, is noodwendig onbillik en/of oneerlik; en omgekeerd, mededingingshandelinge wat onbillik en/of oneerlik is, is weer noodwendig in stryd met die mededingingsprinsiep. Bowendien verteenwoordig albei kriteria myns insiens ook maar net 'n besondere konkretisering van die algemene toets vir onregmatigheid in ons reg, te wete die boni mores of die regsoortuiging van die gemeenskap (vgl die *Tommie Meyer*-saak supra 387). Hierdie toets veronderstel tog 'n afweging van die botsende belange van die onderskeie partye (ibid), 'n afweging wat beslis ook geskied by die toepassing van die mededingingsprinsiep (vgl Van Heerden 168) of die maatstaf van eerlikheid en billikheid in mededinging.

Laastens verteenwoordig die onderhawige beslissing, soos regter Goldsone dit stel, (697F) "no doubt a further extension of the Aquilian relief for 'unfair competition.'" Die tipe geval kan, in Van Heerden (172 ev, veral 176) se terminologie, beskryf word as 'n *onregstreekse* inwerking op werfkrag aangesien die dader in die gebruik van sy eie regsgoed (deur die benutting van die vertroulike inligting) die benadeelde mededinger se reg op sy werfkrag skend. Baie belangrik in hierdie verband is dat sodanige inwerking, of selfs 'n bloot dreigende inwerking, op sigself voldoende behoort te wees vir 'n interdik. Vir sover die benadeelde skadevergoeding wil verhaal, moet hy benewens skade, ook skuld (opset of nalatigheid) aan die kant van die dader bewys.

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

S v DU TOIT 1979 3 SA 846 (A), S v HUMAN 1979 3 SA 331 (E), S v ROST 1980 2 SA 529 (SWA)

Criminal appeal – power of appellant to withdraw appeal

Two questions of criminal procedure are considered in these decisions namely: 1 whether the power conferred on provincial divisions and the appellate division to increase sentence when dealing with criminal appeals restricts the right of an appellant to withdraw his appeal once he has set appeal proceedings in motion, and 2 at what stage, if any, in the noting and prosecution of a criminal appeal the appellant ceases to have the power to withdraw the appeal without the leave of the court appealed to.

The answer to the first question in the various provincial divisions and the appellate division is that the appellant does indeed at some stage lose his right to withdraw his appeal without leave, but there is great difference of opinion among the provincial divisions as to the exact stage at which the unrestricted power to withdraw his appeal, is lost by the appellant.

As far as the appellate division is concerned, both questions have now been finally answered in *Du Toit*, but as the court dealt with an appeal to it from a trial in a provincial division and the application of its own rules to criminal appeals, *Du Toit* is not a precedent binding on provincial divisions when applying their rules to appeals to them from the lower courts.

The facts in *Du Toit* prompt one to ask a question often asked by puzzled criminologists, namely how much savagery still lurks slightly below the surface in civilized modern man? In the course of an investigation into the disappearance of stock on his farm the appellant caused a youth to be "detained" and among other cruelties had him chained by the neck to a pole whilst given the task of pruning grass. The deceased released this youth and was in his turn "arrested" by the appellant and his son and given a severe flogging. He was afterwards made to work in a vineyard and during a period of about two hours spent there, he repeatedly collapsed only to be beaten by the appellant until he started work again. Eventually the deceased collapsed completely and died later that same day in the presence of the police.

Appellant was found guilty in the Cape provincial division of assault with intent to commit grievous bodily harm and culpable homicide. He was sentenced to three years' imprisonment, two of which were suspended on certain conditions. Possibly the main reason for this light sentence was the fact that the appellant was a half-blind old man of 73 years. One is tempted to comment perhaps irreverently, that "that goes to show" what a half-blind old patriarch of 73 can do if allowed to, but the fact remains that the age of the appellant and his partial blindness must have made the question of sentencing him an extremely difficult one.

Appellant appealed to the appellate division against sentence and after the appeal had been set down for hearing, notice was given on the instructions of the court, to appellant's attorneys and the state, that the court wished to hear argument on the question whether sentence should not be increased. On receipt of this notice, appellant's attorneys gave notice to the registrar of the court that the appeal was withdrawn. At the hearing, appellant's counsel advised the court that his appearance was solely for the purpose of withdrawing the appeal, which he submitted could be done without the leave of the court.

After reviewing the authorities Rumpff CJ with Jansen and Diemont JJA concurring, held that the appeal could not be withdrawn at that stage without leave of the court and that such leave was refused as a proper considera-

tion of the case called for the imposition of a more severe sentence (855H).

In considering the authorities Rumpff CJ quoted several passages from past judgments with approval and particularly the following from the judgment of Steyn J in *R v Jurgens* 1953 2 SA 383 (T) 388G quoted in *Du Toit* 855DE:)

> "The Court for the purpose of the exercise of its powers . . . clearly has the implied power to require an appellant to show cause why the sentence should not be increased or varied. This is usually done by an intimation to the appellant that the Court, if the appeal is dismissed, will consider the question whether or not the sentence should be increased or varied. Once the issue has been raised by the court it would, I think, be contrary to the intention of the Legislature that the appellant should have the right to withdraw at will, and in that way to prevent the Court from deciding the issue."

Without giving a definitive indication what the position would be where only the state and not the court had given notice raising the issue of an increase in sentence, Rumpff CJ found that in order not to render the court's powers to increase sentence nugatory, there should be some stage after which the appellant may no longer withdraw without leave of the court. For practical and equitable reasons (855G) he held that the period during which the appellant may freely withdraw should be extended rather than narrowed, but once *the court* has raised the issue that sentence may be increased, withdrawal could only take place with the court's leave. It is not clear whether notice by the state that it intends to raise the issue would have a similar effect, but a passage from the judgment of Schreiner JA in *R v Grundlingh* 1955 2 SA 269 (A) is quoted (854FG) with approval and as this passage gives the same effect to a notice by the prosecution as one by the court, one is consequently inclined to believe that the state could, relying on *Du Toit,* successfully "hold" an appellant to the appellate division to his decision to appeal.

In the upshot the sentence of the appellant was increased to three years' imprisonment. From a practical point of view one wonders whether this was not an exercise in futility. How long will a half-blind old man of 73 be detained in prison before being allowed out on parole? Would a fine of say R20 000 not have been a more realistic *punishment*?

The facts in *Human* are bizarre in the extreme. Apparently incensed by a telephone call with a highly moralising tone made to him by the complainant, appellant attacked complainant who fled after the first onslaught. In the course of several "contacts" appellant hit complainant in the finger with a revolver shot and twice tried to shoot him at absolutely point blank range with the same fire-arm. On both these latter occasions the bullet, almost miraculously, misfired. Appellant was charged with assault with intent to murder in a regional court, convicted and sentenced to a fine of R500 or three months' imprisonment with a further 12 months' imprisonment conditionally suspended.

Appellant appealed against his conviction only. After the appeal had been set down for hearing Eksteen J and Solomon AJ gave notice through the registrar that in the event of the conviction being upheld, the court intended considering an increase in sentence. Appellant then filed an application to withdraw his appeal supported by an affidavit to the effect that he had given instructions for the appeal to be noted against the advice of his attorneys and inspired by the emotionally motivated belief that his action had been morally justified. Passage of time had caused a change of heart and a feeling of remorse for what he had done. Eksteen J found this affidavit unconvincing as the "change of heart" had only become effective after the emergence of the prospect of an increase in sentence.

Considering the authorities Eksteen J with Solomon AJ concurring, came to the conclusion (333H–334A) that for the powers of the court to increase

sentence to have efficacy an appellant should not have the unrestricted right to withdraw his appeal at any time. Following *Jurgens* the court held that once it had given notice that it intended to consider increasing sentence, the appellant could no longer withdraw his appeal without the leave of the court. One of the factors the court would consider in deciding whether to grant such leave, was whether the sentence should not be altered and after considering the circumstances of the offence in detail, the court came to the conclusion that the sentence should be increased and leave to withdraw the appeal was consequently refused (338F). The sentence was in the event increased to a fine of R3 000 or two years' imprisonment and a further three years' imprisonment suspended on certain conditions.

In *Rost* one moves into the interesting field of debt collecting where articled clerks and deputy messengers of the court are the undisputed master spirits. The appellant was apparently a defaulting debtor with great potential as a pugilist and the complainant a female deputy messenger of the court with an aptitude for tracing debtors by imaginative means. Appellant was upset by the manner in which complainant had managed to trace him and in the course of a not too courteous exchange of views he smacked her on the neck and the side of the jaw. This one smack knocked the complainant down, broke one of her teeth, injured her ankle and caused her to suffer dizzy spells and severe back-ache for some time afterwards.

Prosecuted in a magistrate's court, appellant pleaded provocation and was found guilty of common assault and sentenced to a fine of R40 or imprisonment for 10 days.

He appealed against the conviction and the appeal was set down for hearing. After notice of set-down had been served, counsel for the state informed appellant's counsel verbally that application for an increase in sentence would be made at the hearing. On the following day appellant filed a notice to the effect that at the hearing application would be made for leave to withdraw the appeal. On the very next day the attorney-general gave notice that this application would be opposed and on the same day the registrar of the court, at the request of Strydom J, gave notice that the court wished to hear argument on the question whether the conviction should not be altered to one of guilty of assault with the intent to do grievous bodily harm and the matter remitted to the magistrate for the passing of an appropriate sentence.

In considering the application to withdraw Strydom J held that in the South West Africa division an appellant should be allowed to withdraw his appeal without leave of the court at any stage before the appeal is called on the day for which it has been set down (533A). As he considered himself bound by the dicta in *R v Grundlingh* 1955 2 SA 269 (A) where the appellate division had decided that once an appeal had been called in a provincial division it could not be withdrawn without the leave of the court, he held that the appellant could not withdraw without such leave. The strange situation had therefore arisen that the appellant by giving notice of his intended application to withdraw at the hearing, had failed to exercise his simple right to withdraw without leave and stood in danger of having the appeal heard in spite of his early wish to withdraw.

This technical conundrum was solved in a commonsense way by Strydom J who held that, had the appellant been aware of his right to withdraw without leave, he would have done so and that such leave should accordingly be granted.

In arriving at the conclusion that the appellant should be free to withdraw up to the stage when the case has actually been called even though he may have received a notice from the registrar or the attorney-general that the question of possibly increasing sentence

would be raised, Strydom J argued inter alia (531EF) that "the Court" as an entity distinct from the judges comprising it, can at the very earliest give notice of an intention to consider increasing sentence when the case is called before it.

Of the three judgments one feels with respect that that of Strydom J is the most stimulating. The reasoning in *Du Toit* and *Human* is a little hide-bound and smacks too strongly of what Selke J regarded as an inexplicable tenacity of their power to increase sentence on the part of the courts (see *Nunkan v R* 1945 NPD 221 231).

In the wake of these three decisions the confusing position in our law as regards the power of an appellant to withdraw a criminal appeal now appears to be as follows:

In all divisions an appellant may not withdraw his appeal without leave of the court once it has been called for hearing on the day for which it has been set down (*Grundling, Rost*).

In the appellate division he may not withdraw without leave once the court (ie the judges comprising it in terms of the *Rost* approach) has given notice of an intention to consider increasing sentence (*Du Toit*).

In the Transvaal, Orange Free State and Eastern Cape provincial divisions, he may not so withdraw once the matter has been set down for hearing and the court or the attorney-general has given notice of an intention to consider an increase in sentence (*Nunkan, R v Kluyts* 1951 1 SA 474 (C) and *Human*).

In the Natal and Cape provincial divisions he may not so withdraw once the matter has been set down for hearing (*R v Jurgens* 1953 2 SA 383 (T) and *S v Esterhuize* 1972 2 SA 76 (O)).

In the South West Africa division he may withdraw leave right up to the moment that the case has been called for hearing on the day of set-down (*Rost*).

The reasons for this confusion is firstly the wording of the statutory provisions empowering the courts to increase sentence on review and secondly two distinct approaches of our judges to the problem.

The power to increase sentence on appeal is conferred on the provincial divisions by section 309(3) of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 and on the appellate division by section 322(6). Neither of these sections nor any related measure gives any clear indication that this power may be exercised even where an appeal is withdrawn or abandoned and yet is can neither be the intention that appellant's sentence should be subject to review once he notes and prosecutes an appeal, not can it be the intention that an appellant should be allowed to play "ducks and drakes" with the court by for instance withdrawing his appeal after close of argument because he has a "gut feeling" that his counsel's submissions may not have been all that persuasive.

The two judicial approaches are: firstly the court's tenacity of the power to sentence which finds expression in the view that it is the duty of the court to ensure that proper sentences are imposed, and secondly an entirely different approach to the effect that the appellant is dominus litis and that the appeal is fundamentally *his* quarrel with the findings of the court a quo and should he choose to abandon this quarrel, that is his affair.

Thus far the first of the two above approaches has generally prevailed but one has serious doubts concerning its soundness. Sections 309 and 316 give the convicted person a general right to appeal (subject to the requirement of first obtaining leave to appeal in appeals against the decisions of superior courts) as against a very limited right to appeal against adverse findings on points of law given to the prosecution. It may therefore be inferred with some degree of conviction that criminal appeals are fundamentally conceived of as an institution for the possible relief of a convicted person who feels

aggrieved at the findings of a trial court and seeks redress. That he could, by setting in motion a criminal appeal, find himself in the position of the sorcerer's apprentice who would command the broomstick to fetch water but who could not stop it even when its labours threatened a deluge, seems anomalous. Yet this is what happens when the appellant is not allowed to withdraw his appeal purely because he wishes to withdraw it. A consequence inherent in not allowing free withdrawal, is that the dispute ceases to be one between the appellant, the court a quo and the prosecution, but could become a dispute between the appellant and the court of appeal. Could such a situation still be termed an appeal? Visualize the position where the appellant, confronted with a notice to the effect that the court may consider increasing sentence, instructs his attorneys to serve a notice of withdrawal, no longer to act for him and not to brief counsel to appear for him. He would be perfectly entitled to give at least the last two of these instructions. Assume that the notice of withdrawal is not accepted, the attorneys in any event have to withdraw and there is no appearance on behalf of the appellant (if one can still call him that) when the matter is called. Further assume that, possibly tenacious of its power to increase punishment, the court decides that the "appeal" must be heard. How will this take place? Our system does not know appeals that are not argued and it would seem that the court would have to appoint counsel to argue an appeal on behalf of a litigant who has to all intents and purposes *abandoned* that appeal. At this stage it should be obvious that the court has decided to *review* the sentence no matter what the appellant does, and one thing is certain, it is not given powers of review. Such powers would be drastic and cannot be "interpreted" into the legislation concerned. As tenacity of the power to increase sentence leads by inference to review and as powers to review have not been granted, this tenacity appears ill-founded.

With this in mind the approach in *Rost*, although only law in South West Africa, appears the most sound. Appellant is given the right to appeal and is consequently dominus litis and as such may withdraw his appeal without leave of the court until the court, *as a court*, is properly seized of the matter. In the absence of *Grundlingh* (which is the law) one could argue further that appellant may withdraw even after the matter has been called provided he does so immediately. Once he has allowed the appeal to commence as an appeal, a withdrawal would only have the effect of being a refusal to make further submissions in support of the appeal and the matter may be considered *as an appeal*.

As regards the effect of a notice by the attorney-general to the effect that he intends to apply for an increase in sentence, this should in no way constrain the appellant from withdrawing his appeal as that would give the attorney-general a right of cross-appeal on sentence, which the legislation in question simply does not give him (see Hiemstra *Strafprosesreg* 2nd ed 580–581).

It is unfortunate that the view that the power of the courts to increase sentence implies a power of refuse withdrawal of appeals before they are argued as appeals, has tended to prevail and one is forced to agree with the opinion expressed by Wessels JA in *S v Hougaard* 1972 3 SA 748 (A) 756 that the power to increase sentence appears to have been increased by judicial precedent to an extent not contemplated by the legislator.

One can only express the hope that the approach taken in matters of this nature by Strydom J in *Rost* will find approval in the provincial divisions and that *Du Toit* will be allowed to remain law in the appellate division only.

It has often been said that criminal process is not a game in which one takes advantage of one's opponent's mistakes and indiscretions and a con-

victed person who has, perhaps injudiciously and in the emotional backwash of a prosecution, noted an ill-advised appeal, should not be treated like a chess player who has incautiously advanced his queen only to find her retreat cut off by a pontifical bishop or an impudent knight.

JR DU PLESSIS
University of Fort Hare

S v HARTYANI 1980 3 SA 613 (T)

Strafreg – verweer van onvrywillige dronkenskap

Die beslissing in *Hartyani* is in meer as een opsig van belang. In die eerste plek moet die geskiedkundige waarde daarvan beklemtoon word. Vir die eerste keer in die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse gerapporteerde regspraak, slaag 'n beskuldigde daarin om hom suksesvol op die verweer van onvrywillige dronkenskap te beroep. Gedagtig aan die moderne tendens om drank te misbruik en die miljoene rande wat jaarliks deur liefhebbers van die wingerdsous aan alkoholiese drank bestee word, slaan dit mens spreekwoordelik dronk om te dink dat daar tot die jaar 1980 gewag moes word om van 'n suksesvolle beroep op die verweer van onvrywillige dronkenskap te lees. Hoewel dié verweer in die verlede wel ter sprake gekom het (bv in *R v Innes Grant* 1949 1 SA 753 (A) en *S v Gardener* 1974 4 SA 304 (R)), het dit, voor die beslissing in *Hartyani*, nooit tot die vryspraak van 'n beskuldigde aanleiding gegee nie.

'n Tweede belangrike aspek van die beslissing in *Hartyani* is dat die relatief onbekende begrip "onvrywillige dronkenskap," as gevolg van die sukses wat dit nou gesmaak het, ietwat meer toeligting verg. Hieronder sal op die begrip teruggekom word.

Die verhaal wat hom in *Hartyani* afgespeel het, was kortliks die volgende: Die beskuldigde het 'n geselligheid, waartydens afskeid van 'n kollega van hom geneem is, in 'n hotel bygewoon. Hiertydens drink hy toe vier biere. Na afloop van die geselligheid is hy deur 'n vriend genooi om koffie by laasgenoemde se huis te gaan drink. Onder die indruk dat die koffiedrink-uitnodiging slegs die bediening van suiwer koffie behels, aanvaar die beskuldigde die uitnodiging. Die beskuldigde het, volgens die getuienis, minstens drie koppies koffie gedrink. Die vermeende koffie was egter nie suiwer koffie nie. Sonder die wete van die beskuldigde het die gasheer brandewyn by die koffie gegooi en die "gedokterde" koffie aan sy gaste voorgesit. Blykbaar het die gasheer in die byvoeging van die brandewyn met 'n swaar hand te werk gegaan. Volgens die getuienis van die beskuldigde het alles voor hom, terwyl hy met sy eerste koppie "koffie" besig was, swart geword. Die hof aanvaar dat die beskuldigde nie die brandewyn in die koffie geproe het nie en dus nie daarvan bewus was dat brandewyn in die koffie gegooi is nie. Toe die beskuldigde later per motor huiswaarts keer, was dit uit sy wyse van bestuur duidelik dat hy onder die invloed van drank verkeer het. Hy het byvoorbeeld by vier geleenthede 'n rooi verkeerslig verontagsaam, teen 'n hoë spoed bestuur en by tye aan die verkeerde kant van die straat gery. Na veel gesukkel is die beskuldigde se motor tot stilstand gedwing en is hy gearresteer. Teen 'n aanklag van dronkbestuur opper die die beskuldigde die verweer van onvrywillige dronkenskap. In die hof a quo word die verweer verwerp omrede die landdros bevind het dat die beskuldigde nie so dronk was dat hy nie geweet het wat hy doen nie. In appèl bevind waarnemende regter De Villiers (624D–F) dat

"(in) the light of . . . evidence that the

appellant did not know what he was doing and the appellant's conduct prior to (his) arrest, as well as on the medical evidence, I hold the view that the State has not proved beyond reasonable doubt that the appellant was legally responsible for his acts. Furthermore, in view of the fact that the appellant was probably involuntarily intoxicated and in view of the evidence as a whole, it cannot be said that the appellant had sufficient insight into his own condition to have realised that he could not drive properly. In my view the appellant has adduced evidence which raises the reasonable possibility that there was no *culpa* on his part."

Hoewel die beskuldigde se bewese dronkenskap van sodanige aard was dat hy nie geweet het wat hy doen nie (en wat die hof tereg as sinoniem met ontoerekeningsvatbaarheid beskou het: vgl ". . . legally responsible for his acts"), is dít nie waarop sy vryspraak gebaseer is nie. Vrywillige dronkenskap kan immers ook 'n toestand van onbewustheid omtrent sy dade by 'n dader meebring. In so 'n geval sou die beskuldige, vanweë die feit dat hy vrywillig dronk geword het, nie 'n volkome verweer hê nie. Die materiële oorweging wat die beskuldigde se vryspraak in casu ten grondslag gelê het, was dus die feit dat hy onvrywillig dronk geword het.

Onvrywillige dronkenskap as verweer is daarop gebaseer dat daar geen sedelike verwyt teen iemand wat onvrywillig dronk word, ingebring kan word nie (sien Burchell en Hunt *SA Criminal Law and Procedure* bd 1 228). Vrywillige dronkenskap, daarenteen, word deur die gemeenskap as sedelik afkeurenswaardig beskou. Om vrywillige dronkenskap as verweer toe te laat, sou volgens *R v Bourke* 1916 TPD 303 306 tot "a state of affairs repulsive to the community" lei. Insgelyks verklaar die hof in *S v Tsotsotso* 1976 1 SA 364 (O) 365 dat vrywillige dronkenskap "dra . . . nie die goedkeuring van ons maatskaplike samelewing weg nie en is daar sekere sanksies daaraan verbonde." Die "raison d'être" vir die nie-aanvaarding van vrywillige dronkenskap as verweer word ook treffend deur lord Russel in *Director of Public Prosecutions v Majewski* 1976 2 All ER 142 171 weergegee:

> "The ordinary citizen who is badly beaten up would rightly think little of the criminal law as an effective protection if, because his attacker had deprived himself of ability to know what he was doing by getting himself drunk or going on a trip with drugs, the attacker is to be held innocent of any crime of assault."

Die tweede aspek van die *Hartyani*-beslissing wat kommentaar verg, is die vraag wanneer dronkenskap as onvrywillig beskou kan word. Dié vraag is ongelukkig nie in *Hartyani* bespreek nie. Dat dronkenskap wat deur die handelinge van ander persone veroorsaak is, as onvrywillige dronkenskap beskou kan word, blyk uit *R v Bourke* supra 307 en *S v Els* 1972 4 SA 696 (T) 702B. In *R v Kaukakani* 1947 2 SA 807 (A) 813 word onvrywillige dronkenskap beskou as dronkenskap spruitende uit "the unlawful act of a third person without the will of the accused." Om nou juis 'n *wederregtelike* handeling van andere as vereiste te stel of om selfs 'n handeling *van andere* te vereis, kan in die lig van onderstaande moontlikhede as 'n te eng benadering beskou word.

Ten einde groter duidelikheid oor die begrip onvrywillige dronkenskap te verkry, word aan die hand gedoen dat die volgende moontlikhede in oorweging geneem word:

1 *Dronkenskap veroorsaak vanweë dwaling* Dit omvat gevalle waarin die dader te goeder trou dwaal oor die aard van die vloeistof of middel wat hy inneem en gevolglik nie daarvan bewus is of kan wees dat die drank of verdowingsmiddel hom gaan dronk maak nie (vgl Gammage en Humphill *Basic Criminal Law* (1974) 144; La Fave *Handbook on Criminal Law* (1972) 348; Perkins *Criminal Law* (1969) 895). Dit is die soort situasie wat in *Hartyani* afgespeel het. 'n Verdere voorbeeld hiervan is *People v Penman* (wat deur Perkins loc cit bespreek word): Aan die beskuldigde word kokaïen-tablette ge-

gee onder die voorwendsel dat dit pille is wat sy asem laat lekker ruik. Onbewus van wat hy inderdaad ingeneem het, word die beskuldigde dronk en maak hy iemand dood terwyl hy in hierdie toestand verkeer. Hy word onskuldig bevind.

Dit wil egter nie sê dat die drank altyd deur andere op slinkse wyse aan die beskuldigde gegee moet word nie. Dit kan byvoorbeeld gebeur dat 'n geheelonthouer, onder die indruk dat hy vir homself 'n glas koeldrank ingooi, inderdaad vir hom 'n glas drank skink. Om, soos die regspraak dit wil hê, 'n handeling van *'n ander persoon* te vereis, sou nie wyd genoeg wees om so 'n geval te omvat nie. In hierdie geval kan die dronkenskap maklik deur die gemeenskap as onvrywillige dronkenskap beskou word.

2 *Dronkenskap as gevolg van drank wat onder dwang ingeneem is* Waarna hier verwys word, is gevalle waar 'n persoon teen sy wil gedwing word om drank in te neem. Die mate van dwang wat op 'n persoon uitgeoefen moet word om drank in te neem alvorens sy dronkenskap as onvrywillige dronkenskap beskou word, is in die afwesigheid van enige positiefregtelike riglyne onbekend. Volgens die *Kaukakani*-benadering is dit nie voldoende dat die drankinname teen die wil van 'n persoon moet geskied nie – dit moet sonder sy wil geskied. Die hoë premie wat die gemeenskap op die onetiese aspek van dronkenskap plaas, skyn hier 'n belangrike rol te speel. Vir sover dit die regspraak in die VSA betref, verklaar Hall *General Principles of Criminal Law* (1960) 540 dat

> "... as regards 'coercion' the case-law implies that a person would need to be bound hand and foot and the liquor literally poured down his throat or, possibly, that he would have to be threatened with immediate serious injury before the exception, so universally voiced, would have any effect."

Vanweë die konserwatiewe houding wat die Suid-Afrikaanse howe teenoor die verweer van onvrywillige dronkenskap openbaar, skyn dit asof ons positiewe reg, net soos in die VSA, dwang in die vorm van vis absoluta sal vereis alvorens die verweer sal slaag.

3 *Dronkenskap as gevolg van die inneem van 'n geneesmiddel* Hierdie vorm van dronkenskap is volgens Clark en Marshall *A Treatise on the Law of Crimes* (1967) 439 onvrywillig omrede 'n pasiënt kan aanvaar dat 'n geneesmiddel wat vir hom voorgeskryf word nie bedwelming of dronkenskap sal veroorsaak nie. Dit skyn asof 'n persoon in dié gevalle verskoon word weens sy onkunde betreffende die bedwelmende uitwerking van die geneesmiddel. In die lig van die beslissing in *R v Amos* 1970 1 SA 115 (RA) 116D–G blyk die aanvaarbaarheid van hierdie beskouing egter twyfelagtig te wees.

4 *Onskuldige dronkenskap* 'n Voorbeeld hiervan is die geval waar 'n dader 'n hoeveelheid drank wat hom op sigself nie kan dronk maak nie, drink, maar daarna 'n hou oor die kop kry wat veroorsaak dat die drank hom wel dronk maak (sien Perkins 897). So ook waar 'n dader weens persoonlike omstandighede soos oormoegheid, 'n gebrek aan slaap of swakheid baie meer ontvanklik vir die uitwerking van alkohol op hom is as wat normaalweg die geval is (sien Bennett 1973 *SALJ* 79). Somnambulisme is volgens die *Corpus Juris Secundum* 216 geen verweer indien dit die gevolg van 'n oormatige drankgebruik is nie. 'n Persoon wat dronk word van 'n hoeveelheid drank wat voorheen geen uitwerking op hom gehad het nie, word volgens Wharton *Wharton's Criminal Law and Procedure* bd 1 (1957) 114 onvrywillig dronk (sed contra Hall 540–541). Analoog hieraan is die geval van die dader wat 'n geringe hoeveelheid drank inneem en wat, weens die uitwerking daarvan op 'n nie-narkoties middel wat hy vroeër ingeneem he , heeltemal anders optree as wat normaalweg die geval sou wees (Bennett 77–78). Van hierdie gevalle sê Hall 554: "For such persons there can be no valid reliance on the drinking, to support liability,

because, though 'voluntary,' it was quite innocent."

5 *Dronkenskap vanweë verslaafdheid aan alkohol* Die vraag kom hier onmiddellik na vore of die dronkenskap van 'n drankverslaafde as "vrywillig" beskou moet word. Bennett 73 beskou dit as onvrywillige dronkenskap. Hierin word hy gesteun deur onder andere Hall 549–550. In die VSA is in *Driver v Hinnaut* 356 F 2d 761 764 na "the addict – the involuntary drinker" verwys terwyl Merrill 1968 *Va LR* 1143 die volgende van die beslissing *Easter v District of Columbia* 361 F 2d 50 sê: "Easter's theory was essentially that an alcoholic suffers from a disease which renders him incapable of controlling his drinking." Sodanige gebrek deur 'n verslaafde aan beheer oor sy drankinname noop Kirbens 1968 *ABAJ* 882 om te verklaar dat "the defence of involuntary intoxication is flexible enough to include lack of control over alcohol consumption." Daar kan dus gekonkludeer word dat sodanige gevalle van drankinname as onvrywillig beskou kan word. Die feit dat 'n beskuldigde wat tydens sy verhoor deur die voorsittende beampte as 'n drankverslaafde beoordeel word, nie 'n vonnis opgelê word nie maar ingevolge artikel 255 van die Strafproseswet na 'n rehabilitasiesentrum verwys kan word, dui moontlik op 'n statutêre erkenning van die feit dat die onderhawige gevalle van dronkenskap as onvrywillig beskou word.

In die lig van bogenoemde oorwegings kan gestel word dat die beperking van onvrywillige dronkenskap tot gevalle waar die dronkenskap veroorsaak is deur die handelinge van ander of deur die dwangmatige ingee van drank te eng is. Dit blyk veral die geval te wees indien 'n mens die ratio vir die aanvaarding van 'n verweer van onvrywillige dronkenskap, naamlik die afwesigheid van 'n maatskaplike afkeur, beklemtoon.

JL SNYMAN
Universiteit van Zoeloeland

COWBURN v NASOPIE (EDMS) BPK 1980 2 SA 547 (NK)

Staatsreg – tuislande – onafhanklike Swart staat – geregtelike kennisname van konstitusionele ontwikkeling – toetsingskompetensie van die howe – effek van artikel 114 van die Grondwet van die RSA 32 van 1961

Hierdie uitspraak is die beslissing in 'n appèl na die volbank teen die bevinding van die hof in *Nasopie (Edms) Bpk v Minister van Justisie* 1979 3 SA 1228 (NK). In *Nasopie v Minister van Justisie* (**2**) 1979 4 SA 438 (NK) is beslis oor 'n aansoek vir 'n bevel dat die oorspronklike bevel wat gemaak is, ten uitvoer gelê word nieteenstaande die hangende appèl teen dié bevel. Die uitspraak wat in die 1979 3-hofverslag gerapporteer is, sal verder hieronder die eerste uitspraak genoem word, die 1979 4-uitspraak sal die tweede uitspraak genoem word en die 1980 2-uitspraak die derde.

Vir die staatsreg is hierdie saak van besondere betekenis omdat vier verskillende regters (tot dusver) daarin standpunt moes inneem oor 'n aantal kwessies waaroor heelwat onduidelikheid en ook meningsverskille bestaan.

Die belangrikste feite en geskilpunte in die saak kan soos volg opgesom word: Cowburn (die appellant) was die houer van 'n buiteverbruik-drankklisensie in Kuruman, waar hy met die drie respondente in die drankhandel gekompeteer het. Appellant het die buiteverbruiklisensie bekom op grond van sy eienaarskap van 'n motel wat op sy plaas, Pakhane, geleë was. Respondente het aansoek gedoen vir die tersydestelling van appellant se lisensie op grond van hul bewering dat dit nie geldiglik toegeken is nie: die lisensie is op 30 Augustus 1978 deur die Suid-

Afrikaanse minister van justisie ingevolge die Suid-Afrikaanse Drankwet 87 van 1977 toegeken; na bewering (van die respondente) was Pakhane op daardie stadium egter nòg binne die Kuruman-distrik, nòg binne die Republiek van Suid-Afrika geleë omdat dit ingevolge Goewermentskennisgewing 801 van 1977 van die minister van Bantoeadministrasie en -ontwikkeling, vanaf 25 Mei 1977 deel sou uitmaak van die distrik Tlhaping-Tlharo, wat deel uitmaak van Bophuthatswana, sedert 6 Desember 1977 'n onafhanklike republiek. Sou hierdie bewerings (wat deur appellant bestry is) korrek wees, kon die Suid-Afrikaanse minister nie die buiteverbruiklisensie geldiglik aan appellant toegestaan het nie: enersyds omdat artikel 87(1)(a) van wet 87 van 1977 vereis dat die perseel waarop drank uit hoofde van 'n buiteverbruiklisensie verkoop word, ten minste in dieselfde distrik as die gelisensieerde hotel geleë moet wees, en andersyds omdat die Suid-Afrikaanse minister se handelinge asook wet 87 van 1977 kragteloos sou wees ten opsigte van Pakhane omdat dit geleë sou wees in Bophuthatswana wat in elk geval reeds sedert 1973 oor 'n eie, vervangende Wet op Bedwelmende Drank 12 van 1973 (B) beskik het.

In die eerste uitspraak is die respondente se aansoek toegestaan; in die tweede uitspraak is die respondente se aansoek dat die oorspronklike bevel solank ten uitvoer gelê moet word, hoewel daarteen geappelleer is, van die hand gewys; in die derde uitspraak is die appèl gehandhaaf en die oorspronklike bevel ter syde gestel en die hele kwessie is terugverwys na die hof a quo vir verhoor de novo deur 'n ander regter. Die volbank wat as appèlhof gesit het, was egter nie eenparig in sy (die derde) uitspraak nie, aangesien regter Flemming in 'n minderheidsuitspraak gemeen het dat 'n bevel met dieselfde strekking as dié van die hof a quo gemaak moes word, hoewel op ander gronde. (Die verdere verloop van die saak is (nog?) nie gerapporteer nie.)

Die vier kwessies van staatsregtelike belang waaroor regterlike standpunte in hierdie saak ingeneem is, word vervolgens onder die loep geneem.

1 *Kan die howe geregtelik kennis neem van die konstitusionele ontwikkeling van die Swart tuislande?*

(Die begrip "tuislande" word, hoewel dit statutêr vervang is met "Swart state" en daar hedendaags ook sprake is van "nasionale state," deurgaans gebruik omdat daarmee wetenskaplik nie fout gevind kan word nie, terwyl dit wetenskaplik foutief is om na hierdie staatkundige entiteite voor hul onafhanklikwording te verwys as "state.")

Waarnemende regter Basson het in die eerste uitspraak (1233–1234) die standpunt ingeneem dat 'n hof geregtelik kennis kan neem "van die konstitusionele ontwikkeling . . . wat gelei het tot die uitvaardiging van Wet 89 van 1977" (dit is die Wet op die Status van Bophuthatswana 1977). Hy steun sy standpunt eerstens op die feit dat die appèlafdeling in die beroemde "eerste" *Harris*-beslissing (1952 2 SA 248 (A) 456–457) blykbaar geregtelik kennis geneem het van die "events that led up to the passing of the Statute of Westminster." Tweedens, meen die regter, was die hof ook genoodsaak om "geregtelik kennis te neem van die totstandkoming van die selfregerende gebied Bophuthatswana en die latere onafhanklikheidswording," omdat van die belangrikste tersaaklike gebeure binne die hof se regsgebied plaasgevind het, welke regsgebied inderdaad wesenlik aangepas is weens die betrokke gebeure. Op 1239A sê die regter dan ook:

> "Hierdie hof sou dus kwalik kan bevind dat dit onkundig is oor wat verstaan moet word onder 'die gebied wat Bophuthatswana heet'."

In die derde uitspraak ontken regter Van den Heever nie die standpunt dat wikkeling kennis mag neem nie, maar die howe van konstitusionele ontstaan afwysend teenoor geregtelike kennisname na die een of die ander rigting van iets wat in dispuut is: op

567 dui sy, as motivering daarvoor dat die saak deur 'n ander regter herverhoor moet word, daarop dat die hof a quo "geregtelik kennis van sekere feite geneem (het), bv, dat Pakhane in die distrik Tlhaping-Thlaro val, iets wat deurgaans in dispuut was" en wat by die herverhoor onbevange benader moet word. Oor hierdie "feit" en oor die inhoud en regmatigheid van Goewermentskennisgewing 801 van 1977, dui die regter op 565D–E aan, het nie eens by die minister van justisie, die polisie, die afdelingsraad of die landdros van Kuruman duidelikheid bestaan nie. Op die gekompliseerdheid van die tersaaklike ondergeskikte wetgewing en die feit dat dit nie altyd geredelik verstaanbaar is nie, wys regter Van den Heever ook op 553H.

Opsommenderwys wil dit dus voorkom asof die howe deurgaans daarop geregtig sal wees om in den brede geregtelik kennis te neem van staatsregtelike verwikkelinge in sy regsgebied *mits* dit vasstaan wat die presiese regsposisie is wat deur dié verwikkelinge tot stand gebring word.

2 *Kan grond wat aan Blankes behoort regsgeldiglik sonder meer deel gemaak word van 'n Swart tuisland?*

Oor hierdie vraag bestaan daar geen eenstemmigheid nie. Die meerderheid in die derde uitspraak meen van nee, terwyl in die eerste uitspraak op 1243A gesê is:

> "Of die Bantoegebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is na wysiging deur die Staatspresident nog moet voldoen aan die vereistes van 'n Bantoegebied soos gedefinieer, is te betwyfel. Die beginpunt moet 'n 'Bantoegebied' wees maar die Wet (Wet 21 van 1971) sê nie die eindpunt moet ook nog 'n 'Bantoegebied' wees nie,"

en op 1243C:

> "Ofskoon die bedoeling aanvanklik blyk dat owerhede vir Bantoegebiede ingestel is en die deurlopende gedagte is om selfregerende Bantoetuislande te skep, kan ek nie daaruit aflei dat sogenaamde Blanke grond nooit deel van 'n tuisland kan word nie."

Daarteenoor meen regter-president Jacobs (550A–B en 551F–G) in die derde uitspraak dat waarnemende regter Basson se aangehaalde standpunt nie geregverdig is nie en "[i]n elk geval wil dit voorkom asof Wit grond binne 'n oopgestelde gebied steeds Wit grond bly." (Hier verwys hy na grond wat opgeneem is in die eerste bylae tot die "Swart Trust en Grond Wet" 18 van 1936 soos gewysig.)

Regter Van den Heever se standpuntinname oor hierdie aangeleentheid in die derde (meerderheids-) uitspraak (555–557) is die volledigste en kan soos volg opgesom word: sy onderskei tussen twee parallelle strominge in die staatsregtelike ontwikkeling wat Swartes betref, naamlik eerstens Swart grondbesit, waardeur die (weliswaar "vloeibare") grense van die "Bantoegebiede" bepaal is en tweedens, die omvattende regeringsfunksies van die departement van samewerking en ontwikkeling (en sy voorgangers wat benaming betref). Skynbaar word bedoel om te onderskei tussen die bestemming van grond aan die hand van die ras van die reghebbendes daarop enersyds en die staatsregtelike posisie en ontwikkeling ten opsigte van dié grond andersyds. Regter Van den Heever meen skynbaar dat foutiewe resultate bereik word wanneer hierdie onderskeid nie by die betragting van die tersaaklike historiese gebeure in aanmerking geneem word nie. Voorts wys die regter daarop dat die konstitusionele wetgewing waardeur die tuislande ontwikkel is, telkens slegs betrekking het op *Swart* grond (vgl a 1 en 2 van die Wet op Swart Owerhede 68 van 1951 en a 1 en 26 van die Grondwet van die Swart State 21 van 1971). Dit bring haar tot die volgende gevolgtrekking:

> "Indien gebiedsowerhede se gebiede nie beperk is tot Swart grond nie, en streekowerhede se streke nie beperk is tot gebiede bestaande uit Swart grond nie, sou die Staatspresident se area-

> omskrywing ten aansien waarvan hy selfregering magtig, *ultra vires* wees."

Dit alles bring volgens regter Van den Heever mee dat die beskrywing van Bophuthatswana in proklamasie R130 van 1972 (ingevolge waarvan selfregering toegeken is) en in artikel 1 van wet 89 van 1977 aan die hand van landdrosdistrikte wysigend uitgelê moet word vir sover die twaalf betrokke distrikte grond mag insluit wat nie "Bantoegrond" is nie: Bophuthatswana het by onafhanklikwording bestaan uit die "Bantoegrond" in die twaalf betrokke distrikte en nie uit die distrikte self nie, aangesien die doel waarvoor die landdrosdistrikte afgebaken is verskil van die doel waarvoor grond daarbinne "Bantoegrond" was:

> "Die feit dat hulle (die landdrosdistrikte) deur iemand sonder enige reg om dit te doen, as sulks herdoop is, verander nie die wesenlike feit nie, net so min as wat Van der Merwe se naam sou verander omdat een persoon hom per abuis Van Heerden noem."

Met regter Van den Heever kan nouliks verskil word. Feit is dat die hele hiërargie van Swart owerhede, vanaf stamowerhede tot die wetgewende vergaderings van selfregerende gebiede, ingestel word ten opsigte van gespesifiseerde *Swart* gebiede. Wet 68 van 1951 omskryf "Swart gebied" met verwysing na artikel 21 van wet 18 van 1936, wat slegs grond waarin Swartes belange het, as "Swart gebiede" identifiseer. Ingevolge artikel 1 van wet 21 van 1971 (waarin na wet 68 van 1951 as die "Hoofwet" verwys word) word 'n wetgewende vergadering "vir die *Swart gebied* waarvoor (die betrokke) gebiedsowerheid ingestel is," ingestel (kursivering bygevoeg). By die verlening van selfregering ingevolge artikel 26 van die wet, word die gebied waarvoor die wetgewende vergadering ingevolge artikel 1 ingestel is, dus uitsluitlik *Swart* gebied, tot selfregerende gebied verklaar. Ingevolge artikel 36 van die wet kan die staatspresident "enige grond of ander openbare eiendom *in 'n selfregerende gebied*" (kursivering bygevoeg) wat regerings-, provinsiale of trusteiendom is, ook aan 'n selfregerende gebied oordra. Hieruit blyk dat geen private eiendom aldus oorgedra kan word nie en ook slegs eiendom wat reeds in die betrokke (Swart) gebied geleë is. By onafhanklikwording word die gebied by die naam wat by die verlening van selfregering ingevolge artikel 26 daaraan verleen is, wat tegelyk as bondige geografiese beskrywing moet dien, tot onafhanklike staat verklaar (vgl a 1 van die Wet op die Status van Bophuthatswana 89 van 1977). Daar bestaan dus geen statutêre magtiging vir enige owerheidspersoon, veral nie vir ministers nie, om grond wat aan 'n Blanke behoort sonder meer by 'n selfregerende gebied of ander tuisland te voeg nie. Voordat dit kan gebeur, moet allerlei prosedures eers gevolg word: vergelyk artikels 2(2)(c) en 2(4) van wet 18 van 1936 en artikel 36A van wet 21 van 1971.

3 *Kan die howe die geldigheid van 'n wet ondersoek?*

Hierdie ou strydvraag is in die onderhawige saak opnuut geopper en interessante obiter-antwoorde – wat beslis beskou moet word as 'n ontwikkeling van die reg tot groter duidelikheid – is daarop gegee.

In die eerste uitspraak het waarnemende regter Basson op 1243E–F, met 'n blote verwysing na artikel 59(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961, die standpunt ingeneem dat die geldigheid van Bophuthatswana se statuswet deur die hof summier aanvaar moet word.

Uit die uitspraak van regter-president Jacobs (549F) blyk dit dat die appèlhof geweier het om getuienis in ontvangs te neem om 'n argument dat die statuswet ongeldig mag wees, te staaf. (Kyk ook r Van den Heever se opmerking op 553F–G). Daar kan seker aanvaar word dat 'n belangrike grond vir hierdie weiering artikel 59(2) van die grondwet was. Uit regter Van den Heever se uitspraak (558A–D en kyk ook 568E–F) blyk dit egter dat nog 'n rede vir die weiering was dat Bophuthatswana, wat

geen party in die saak was nie, " 'n belang sou hê in 'n beslissing aangaande die wettigheid van sy bestaan," en dat dit nie in die onderhawige saak ter sake is nie. Interessant is egter die feit dat die regter meen dat in 'n verhoor waarin dié kwessie wel ter sake is, getuienis soos dié van die sekretaris van die parlement wel aangevoer sou kon word indien dit nodig geag sou word.

Regter Van den Heever se benadering, wat veel moediger is as wat die howe normaalweg oor hierdie kwessie geneig is om te wees, dui skynbaar daarop (en wat in die hieropvolgende paragraaf gesê word, staaf dit) dat die howe wel kan ingaan op die vraag of 'n bepaalde dokument 'n (geldige) wet is of nie.

4 *Wat is die effek van artikel 114 van wet 32 van 1961?*

Een van die gronde van appèl, soos blyk uit die tweede uitspraak op 445F, was dat onder meer die statuswet ongeldig is omdat die parlement nie by die aanname daarvan enige petisies van die betrokke provinsiale rade ontvang het soos wat artikel 114 van die grondwet dit vereis nie.

By sy oorweging van hierdie grond van appèl om die appellante se vooruitsigte op sukses te beoordeel, spreek waarnemende regter Basson die standpunt in die tweede uitspraak op 447F–G uit dat die parlement nie aan artikel 114 gebonde is nie.

In die besonder belangwekkende gedeelte van haar uitspraak wat (weliswaar obiter) oor hierdie punt handel (554H–555B), spreek regter Van den Heever haar bedenkings uit oor die bogenoemde standpunt van die waarnemende regter:

> "Dit kan betoog word dat vir solank as wat die Parlement art 114 ongewysig laat, is hy gebonde aan dié reëls wat hy self bepaal het en sou dit ook die Howe vrystaan, ondanks die bepalings van art 59(2), om te beslis in gepaste omstandighede (en op aansoek van die gepaste reghebbende) dat vanweë verontagsaming van art 114 'n stuk wetgewing ongeldig mag wees."

Die regter skets dan 'n hipotetiese voorbeeld van ekstreme minagting van grondwetlike reëls by die aanname van skendende wetgewing, en sê dan dat daar in so 'n geval "geen twyfel daaromtrent (sou kon) wees dat die Howe so 'n 'wet' sou kon ongeldig verklaar nie." Die rede waarom die regter die "terloopse" en "oordrewe" voorbeeld skets, sê sy, is "om te beklemtoon dat art 59(2) van die Grondwet ook maar 'n beperkte beperking is op die funksie van die regsprekende been van die Staatsgesag."

Vir diegene wat in die verlede hierdie standpunt by die uitleg van artikels 59(2) en 114 gehuldig het, is die uitspraak 'n verblydende teken dat die howe weer, ná ongeveer 'n kwarteeu, die gapings begin raaksien wat in die wetgewing bestaan wat die regsprekende gesag se beperkte, dog vanselfsprekende jurisdiksie om vas te stel welke dokumente wat hulle moet toepas, werklik wette is en welke nie, heet te beperk. Die moed om dit raak te sien kan geweldig belangrik word in die waarskynlike konstitusionele toekoms van gemeenskaplike gesagshantering deur minderheidsgroepe – of ons toekomstige grondwet formeel 'n toetsingskompetensie gaan skep of nie, die howe sal 'n sleutelrol kan speel in die staatsreg van belangeafweging indien stabiliteit en geregtigheid gedien moet word.

FRANCOIS VENTER
Die Potchefstroomse Universiteit vir CHO

Boeke

ALCOHOL, DRUGS AND ROAD TRAFFIC

by WE COOPER, TG SCHWÄR and LS SMITH

Juta & Co Ltd, Cape Town 1979; pp xvi and 402; price R42,50 plus GST.

This book consists of two parts. The first part, which is sub-titled "Driving Under the Inffuence and Kindred Offences," consists of twelve relatively short chapters (67 pages) which deal comprehensively with the criminal law, procedural and evidential aspects of contraventions of section 140 of the respective Road Traffic Ordinances 21 of 1966 and regulation 259(a) of the General Railway Regulations (GN 1500 of 1110/1963. This part of the book is contributed by dr WE Cooper, co-author of the well-known Cooper and Bamford *South African Motor Law*, and author of an annotated commentary on the Road Traffic Ordinances entitled *South African Road Traffic Legislation*- The second part, which is sub-titled "Alcohol and Drugs," constitutes by far the bulk of the book. It deals with the physiological and pathological aspects of the consumption of alcohol and drugs and the analysis for forensic purposes of blood, breath and urine samples. It consists of nine chapters contributed by professor TG Schwar, head of the deaprtment of forensic medicine in the University of Stellenbosch and chief state pathologist of the State Health Department; six chapters contributed by professor LS Smith, head of the department of forensic medicine and toxicology in the University of Cape Town and chief state pathologist of the state health department; and two chapters contributed by Mr JW de Graad, formerly chief of the health chemistry services of the state health department, Pretoria.

Cooper's contribution lives up to the immaculate standard which readers acquainted with his previous works in this field have come to expect from him. All the relevant decisions, almost four hundred of them, quoted in the *South African Law Reports* and *Prentice-Hall* up to 30 June 1979, are cited and where necessary discussed in some detail in the text. Amendments to the ordinances are likewise up to date to 30 June 1979. The author, however, points out in his preface that, subsequent to the book going to the press and thus too late for alteration of the text, section 147 of the Transvaal ordinance was amended to the effect that the provisions relating to the suspension and cancellation of the drivers' licences of those convicted of contravening section 140 are no longer mandatory. Chapter 11 of the book, dealing with the suspension, cancellation and endorsement of drivers' licences, must therefore be read subject to these amendments.

Apart from his careful analysis of section 140 (see chap 2, 5, 6, 7 and 10), Cooper deals with all the ancillary material relevant to prosecutions in respect of contraventions of the section. The definitions of "driver" and "public road," both of which have occasioned the courts considerable difficulty, are each accorded a chapter (chap 3 and 4 respectively). The evidential provisions and presumptions relating to blood tests included not only in the ordinances but also in sections 37 and 212 of the Criminal Procedure

Act 51 of 1977 enjoy detailed discussion in chapter 8, and chapter 9 is devoted to a discussion of defences which are commonly raised in cases of drunken driving, such as ignorance of the combined effect of drugs, especially those which do not of themselves have a narcotic effect, and alcohol; involuntary intoxication and automatism. Chapters 10 and 11 are devoted to the question of sentence and deal respectively with the criminal penalties which may be imposed in respect of contraventions of section 140 and the suspension, cancellation and endorsement of driver's licences. The introductory chapter, chapter 1, contains a discussion of the history of road traffic legislation and a very useful exposition of the amendments which have been made to section 140 since its inception in 1966. The lastmentioned discussion is particularly useful as it is frequently difficult to understand the older decisions unless one is aware of the earlier wording of the section. The final chapter in part 1 of the book is devoted to a brief analysis of regulation 259(a) of the General Railway Regulations which deals with the driving of vehicles while under the influence on railway property.

Concerning part 1 of the book one or two points of interest and minor criticism may be made. The author makes the interesting point, not often appreciated by practitioners, that, although these counts are generally charged in the alternative, it is legally permissible for an accused to be charged cumulatively for contravening subsection (1)(a) of section 140, driving, or attempting to drive, a vehicle while under the influence, as well as subsection (2)(a) of section 140, occupying the driver's seat of a motor vehicle with a blood-alcohol content exceeding the prescribed limit. Although it is obvious that there is nothing in the ordinances or Criminal Procedure Act to prevent a person accused of contravening section 140 from having himself examined by a private medical practitioner and later presenting the evidence of such practitioner in rebuttal of the evidence of the district surgeon, Cooper makes the further point (14), and he cites five cases in support thereof, that it is the duty of the police to assist the accused to obtain the services of such a private practitioner. The author's careful discussion of the conflicting decisions of *S v Hodgert* 1974 1 SA 63 (N) and *S v Van Tonder* 1967 1 SA 4 (AD) (see 54–56), concerning the question of the propriety of suspending a period of imprisonment imposed upon a person convicted of contravening section 140 on condition that he does not drive a vehicle upon a public road during the period of suspension of the sentence, is particularly welcome. Moreover, with due deference to the appellate division, it is submitted that Cooper is right in stating that "[b]y suspending a period of imprisonment on condition that the accused does not drive during the period of suspension the court is depriving the accused of his right under section 71(1) or section 71(2) (of the Ordinance) and thus subjecting him to a penalty which is not sanctioned by the Ordinance." (Section 71 of the ordinance confers upon the administrator of a province the right to restore a driver's licence which has been cancelled or suspended by a court.) Cooper's terse analysis of regulation 259(a) of the General Railway Regulations (chapter 12) is open to the mild criticism that his submission (64) that the phrase "whilst under the influence of intoxicating liquor *or narcotic drugs*" bears the same meaning as the corresponding phrase in section 140(1)(a) is inaccurate in that section 140(1)(a) does not refer to "narcotic drugs" but to "a drug having a narcotic effect;" a difference which in the past occasioned the courts some difficulty – see, for instance, *S v Knoble* 1964 3 SA 750 (O) in which case Erasmus J was put to some pains to interpret the phrase "narcotic drugs" which appeared in section 111(1) of the traffic ordinance which applied in the Orange Free State prior to the current ordinance 21 of 1966 coming into effect. However, one may concede that in all probability Cooper is right in that today, and in the

context of drunken driving, the meaning of the words "narcotic drugs" would probably be so strictly interpreted as to imply only those drugs belonging to the class of recognised narcotics.

In part 2 of the book De Graad deals, in chapter 13, with the definition and properties of alcohol and in chapter 21 with the methods employed in the government laboratories in order to determine the alcohol content of blood samples, urine samples and other fluids. He also deals with the post mortem analysis of brain and other tissue and breath alcohol analysis. In chapter 14 to 17 Schwär deals with what he calls the "metabolic pathway of alcohol in the human body;" considering such matters as the absorption, distribution, metabolism and elimination of alcohol in the human body. In chapter 18 Smith considers the effect which alcohol has upon the nervous and muscular systems of the human body and its capacity for influencing human behaviour. A particularly useful aspect of this chapter is the exposition of the terms customarily used by district surgeons to describe the degree of intoxication of persons charged with contravening section 140, namely, "lightly intoxicated," "moderately intoxicated," "heavily intoxicated," "very heavily intoxicated" and "stuporose to comatose." The generally accepted symptoms pertaining to each of the abovementioned categories are set out in tabular form on page 155. Smith devotes the next two chapters to a detailed description of the clinical examination of alleged offenders and the taking of blood samples. Chapters 22 to 25 are devoted by Schwär to the question of the determination of blood-alcohol levels and the corrollation of urine-alcohol and breath-alcohol levels with the equivalent blood-alcohol level, which, especially in the case of the breath-alcohol is no mean task. Chapter 26 is devoted by Schwär to the no less complicated process of determining from his cadaver the blood-alcohol level which a deceased person had prior to his death. One ventures to prophesy that this chapter will enjoy the attention of a far wider audience than merely those concerned with alleged contraventions of section 140 of the ordinance, or culpable homicide arising from motor accidents. In the last three chapters of the book Smith considers the effects of alcohol, drugs and other intoxicants, such as carbon monoxide, the fluid hydro-carbons and alcohols other than ethyl alcohol, upon the ability of a human being to drive a motor vehicle.

In view of the fact that in the past practitioners obliged to evaluate the evidence of expert witnesses in drunken driving cases have either had to resort to the single chapter by professor HA Shapiro in Cooper and Bamford or laboriously glean the relevant material from various tomes on forensic medicine, there can be little doubt that the comprehensive treatment of the matter contained in part 2 of this book will be welcomed with open arms by the legal profession.

AJ MIDDLETON
University of South Africa

EVIDENCE
deur RUPERT CROSS

Vyfde uitgawe; Butterworth, Londen 1979; c 669 bl; prys R56,90 (hardeband) R37,80 (sagteband)

Cross on Evidence het geen bekendstelling nodig nie. Sedert die eerste uitgawe in 1958 het dit nie net fisies groter geword nie, maar ook in aansien gegroei totdat dit vandag met reg beskou word as die vooraanstaande handboek oor die bewysreg in Engeland. Terwyl *Phipson on Evidence*, wat nou sy twaalfde uitgawe beleef, seker altyd die boek sal wees wat die praktisyn hof toe sal dra

en in sy soektog na uitsprake sal gebruik, is *Cross* die een wat hy in sy kamers sal oopslaan wanneer verdieping nodig is. Die teks slaag uitmuntend daarin om die balans te handhaaf tussen die eise van die praktisyn en dié van die regswetenskaplike navorser. Die geheelindruk is een van vloeiende taal, helder gedagtes en voldoende detail.

In sy voorwoord wys die skrywer daarop dat min wetgewing maar heelwat regspraak sedert die vorige uitgawe verskyn het. Die Suid-Afrikaanse juris sal veral in die volgende twee gewysdes belang stel:

R v Sang and Mangan 1979 2 All ER 1222. Die house of lords verwerp 'n appèl teen 'n beslissing dat andersins toelaatbare getuienis omtrent 'n misdaad nie uit hoofde van 'n judisiële diskresie uitgesluit kan word net omdat die misdaad aangestig of uitgelok is deur 'n *agent provocateur* van die staat nie. Vier uit vyf lede van die huis bevestig dat 'n verhoorhof 'n diskresie het om getuienis te weier as die bewyskrag daarvan nie opweeg teen die benadelende uitwerking ("prejudicial effect") daarvan nie, maar hulle ontken dat daar enige diskresie bestaan om getuienis te weier omdat dit op onbehoorlike of onregverdige wyse verkry is – behalwe wat betref erkennings en bekentenisse, en, trouens, enige getuienis wat ná die misdaad van die beskuldigde verkry is.

Cross bespreek die uitspraak van die hof a quo breedvoerig in die teks, maar kon dié van die house of lords slegs kortliks in 'n addendum behandel.

Director of Public Prosecutions v Boardman 1975 AC 421, 1974 3 All ER 887. Hierdie saak is reeds aan die Suid-Afrikaanse juris bekendgestel (sien bv 1977 *SALJ* 399 ev, *LAWSA* bd 9 par 414–416), maar omdat dit 'n besonder netelige gebied van die bewysreg betree, te wete dié van "soortgelyke feite," sal Cross se kommentaar waardevol wees vir die perspektief wat dit verleen. Boardman, 'n skoolhoof, sou sodomie gepleeg het met 'n seun S, en gepoog het om dit te pleeg met H. Die getuienis van S en H word oor en weer op die twee aanklagte toegelaat. Dit word toegelaat omdat die omstandighede in albei gevalle so eners was dat toeval uitgeskakel kan word. Die ratio decidendi in *R v Sims* 1945 KB 531, 1946 1 All ER 697, word goedgekeur.

Hierdie bevestiging van *Sims* sal moontlik in Suid-Afrika beskou kan word as bykomstige ammunisie waarmee die veel gekritiseerde *R v D* 1958 4 SA 364 (A) afgeskiet kan word.

Die belangrikste gevolg van *Boardman* is waarskynlik dat dit 'n te kasuïstiese opbouing van presedente na gelang van die probandum teenwerk en die toelaatbaarheid van soortgelyke feite suiwer op die grondslag van relevantheid plaas. Die uitspraak bevestig ook dat getuienis van soortgelyke feite nie ontoelaatbaar is bloot omdat dit die beskuldigde se misdadige geneigdheid ("propensity") openbaar nie: as dit andersins relevant is, bly dit relevant, al toon dit ook aan dat die beskuldigde 'n misdadige karakter het.

Ander dele van die boek wat weens onlangse regspraak heelwat verwerk is, is dié wat handel oor die bewyslas ten aansien van statutêre misdade (nav *R v Edwards* 1975 2 QB 27); die bevoegheid en verpligbaarheid van 'n gade om teen die ander gade te getuig (*Hoskyn v Metropolitan Police Commissioner* 1978 2 All ER 136); geheueverfrissing (verskeie onlangse uitsprake); en staatsprivilegie met betrekking tot organe buite die sentrale owerheid (*D v National Society for the Prevention of Cruelty to Children* 1978 AC 171).

Terwyl Engelse regspraak nog heelwat oorredingskrag in ons howe het, moet *Cross* ook in Suid-Afrika as 'n belangrike hulpmiddel vir enige beoefenaar van die bewysreg beskou word. Hierdie uitgawe handhaaf die hoë gehalte van die voriges.

CWH SCHMIDT
Universiteit van Suid-Afrika

UNFAIR PUBLICATION: DEFAMATION AND PRIVACY

The Law Reform Commission (Report no 11) Australian Government Publishing Service, Canberra 1979

This report deals with the proposed new legislation in Australia concerning the protection of the individual's reputation and privacy against unfair publication. The existing Australian law relating to these interests of personality is discussed in detail with emphasis on deficiencies. As regards the present law of defamation, one of the main objections is that the law differs from state to state and that it is therefore not reasonable to expect the publication media to know and apply eight separate defamation laws in publishing newspapers and magazines circulating throughout Australia. Thus there is a need for codification of the existing law. As regards the protection of privacy against unfair publication, this protection is at present virtually non-existent in Australia. In no jurisdiction is personal privacy, as such, protected. The proposed legislation endeavours to rectify this situation.

This report is of importance to any person who takes an interest in the development of personality protection in foreign legal systems.

J NEETHLING
University of South Africa

Bydraes vir publikasie, boeke vir resensie, korrespondensie met die redakteur en advertensies moet gestuur word aan die redakteur, posbus 27711, Sunnyside 0132 (Pretoria). Artikels moet in die reël nie langer wees nie as 7 000 woorde (20–25 bladsye getik op A4, dubbelspasiëring). Alle bydraes moet aan die "Riglyne vir Outeurs" (verkrygbaar van die redakteur), voldoen. Tensy vooraf met die redakteur ooreengekom is, kan onmiddellike publikasie van bydraes nie beloof word nie.
Inskrywings op die blad moet gerig word aan die uitgewer: Butterworth, posbus 792, Durban 4000.

WERKBIBLIOTEEK
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA